This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

3 2044 103 203 196

Digitized by Google

HARVARD LAW LIBRARY

Received MAY 28 1910

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

GERMANY

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Beiträge

zur Erläuterung und Beurtheilung

des Entwurfes

eines

Bürgerlichen Gesetzbuches

für das Deutsche Reich.

Unter Mitwirkung

von

Dr. **J. Fr. Behrend**, Reichsgerichtsrath, Dr. **F. Bernhöft**, Professor in Rostock, Dr. **E. Eck**, Geh. Justizrath und Professor in Berlin, Dr. **O. F. Gierke**, Geh. Justizrath und Professor in Berlin, Dr. **R. Koch**, Vicepräsident des Reichsbankdirectoriums, Dr. **J. Krech**, Kaiserl. Geh. Regierungsrath in Berlin, Dr. **F. E. von Liszt**, Professor in Marburg, **E. Meischeider**, Reichsgerichtsrath, Dr. **J. Petersen**, Reichsgerichtsrath, Dr. **R. Schröder**, Geh. Hofrath und Professor in Heidelberg, Dr. **L. Seuffert**, Professor in Erlangen, **F. Vierhaus**, Oberlandesgerichtsrath in Cassel, Dr. **E. Zitelmann**, Professor in Bonn,

herausgegeben

von

E. J. Bekker, Geheimrath und Professor in Heidelberg, und **O. Fischer**, Professor in Greifswald.

Erstes Heft:

Vierhaus, die Entstehungsgeschichte des Entwurfes.

Berlin und Leipzig.
Verlag von J. Guttentag
(D. Collin)
1888.

Digitized by Google

Die Entstehungsgeschichte

des Entwurfes

eines

Bürgerlichen Gesetzbuches

für das Deutsche Reich.

In Verbindung mit einer Uebersicht
der privatrechtlichen Kodifikationsbestrebungen in Deutschland

dargestellt

von

Felix Vierhaus,
Oberlandesgerichtsrath in Cassel.

Berlin und Leipzig.
Verlag von J. Guttentag
(D. Collin)
1888.

Digitized by Google

For TX
B424A

Rec. Oct. 2, 1905

Digitized by Google

Inhalt.

		Seite
§ 1.	Einleitung	1
	I. Die drei großen Gesetzbücher aus der Zeit um 1800	3
§ 2.	1. Das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten	3
§ 3.	2. Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie	6
§ 4.	3. Der Code civil. (Das Badische Landrecht.)	8
§ 5.	II. Der Plan eines allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches für Deutschland und die Rechtswissenschaft	9
§ 6.	III. Der Plan eines allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches für Deutschland und der Juristenstand	16
	IV. Die Kodifikationsarbeiten auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechtes in Deutschland während der Zeit von 1814 bis 1866	19
§ 7.	1. Der Deutsche Bund	19
§ 8.	a) Die Allgemeine Deutsche Wechselordnung	20
§ 9.	b) Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch	21
§ 10.	c) Der sog. Dresdener Entwurf	22
	2. Die deutschen Einzelstaaten	25
§ 11.	a) Preußen	25
§ 12.	b) Bayern	26
§ 13.	c) Sachsen	28
§ 14.	d) Großherzogthum Hessen	32
	V. Die Zuständigkeit des Norddeutschen Bundes und des Deutschen Reiches zu privatrechtlicher Gesetzgebung	33
§ 15.	1. Der Norddeutsche Bund	33
§ 16.	2. Das Deutsche Reich	40
§ 17.	VI. Das Gesetz vom 20. Dezember 1873 und die sogenannte Vorkommission	44

Digitized by Google

Seite

VII. Die Arbeiten der Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich 59

§ 18. 1. Die Person 59

§ 19. 2. Der Arbeitsplan 61

3. Die Ausführung der Arbeit 68

§ 20. a) Erste Periode: Die Arbeit der Redaktoren . . . 68

§ 21. b) Zweite Periode: Die Berathungen der Gesammtkommission 71

§ 22. 4. Die Ueberreichung und Veröffentlichung des Entwurfes 73

§ 23. 5. Die der Kommission noch obliegenden Arbeiten . . . 75

§ 24. Schluß 80

Digitized by Google

Einleitung.

§ 1.

Die Entstehungsgeschichte des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich wird nicht begrenzt durch den Zeitraum, welchen die Einsetzung der zu seiner Ausarbeitung bestimmten Kommission und die Berathungen dieser letzteren ausfüllen. In dem Entwurfe verkörpert sich ein Bestreben, welches viel weiter zurückreicht. Der Gedanke an ein solches Werk mußte erst in Jahrzehnte langen Kämpfen reifen, ehe die Schaffung des Gesetzbuches mit einiger Aussicht auf Erfolg in Angriff genommen werden konnte.

Der Entwurf hat bis jetzt erst eine Stufe der gesetzgeberischen Arbeit durchlaufen. Er ist nur im Schooße einer und derselben Kommission berathen worden und stellt sich sonach in seiner vorliegenden Fassung als das Schlußergebniß einer einheitlichen Arbeit dar. Was auch innerhalb der Kommission an Meinungen, an Richtungen hervorgetreten sein mag, welche Wandelungen auch die einzelnen Bestimmungen durchgemacht haben mögen: es hieße den Grundkarakter der Arbeit verkennen, wollte man jene zu erforschen, aus ihnen Anhaltspunkte für die Auslegung des Werkes zu gewinnen suchen. Die Kommission hat ein Recht darauf, ihr Erzeugniß aus ihm selbst allein beurtheilt zu sehen.

Aus diesen beiden Gesichtspunkten ergiebt sich eine zwiefache Richtschnur für die nachstehende Geschichte des Entwurfes.

Zuerst negativ: die Geschichte der inneren Arbeiten der Kommission wird nur in ihren äußeren Umrissen darzustellen sein. Sie bietet nur insoweit Interesse, als es bei jedem hervorragenden Geisteswerke anziehend ist zu verfolgen, wie seine Schöpfer es vollendet haben. Sollte der Entwurf demnächst Gesetz werden, dann wird die bedeutungsvolle Aufgabe erwachsen, die ferneren Stufen der Arbeit zu verfolgen, aus ihrem Verhältnisse zu dem vollendeten Ganzen festzustellen, welchen Werth die einzelnen Abschnitte der Entstehungsgeschichte für das Verständniß des Entstandenen beanspruchen können.

Digitized by Google

Auf der anderen Seite positiv: der zutreffende Standpunkt für die Beurtheilung des Entwurfes zwar nicht vom juristisch-technischen, wohl aber vom politisch-nationalen Standpunkte aus kann nur gewonnen werden, wenn auf den Gesammtverlauf der deutschen Kodifikationsbestrebungen zurückgegangen, wenn der Entwurf als die Erfüllung eines lange gehegten Wunsches des deutschen Volkes betrachtet, wenn ferner den Schwierigkeiten Rechnung getragen wird, unter denen der Gedanke eines einheitlichen deutschen Civilgesetzbuches endlich Gestalt gewonnen hat.

Wie weit die rechtsgeschichtliche Betrachtung zurückzugehen haben wird, könnte zweifelhaft erscheinen. Allein da die Geschichte der deutschen Kodifikationsbestrebungen hier nur als Grundlage für die Entstehung des gegenwärtigen Entwurfes in Betracht zu ziehen ist, so weisen sowohl das Erwachen des deutschen Volksbewußtseins als auch die Entstehung einer einheitlichen und ihrer Einheit bewußten deutschen Rechtswissenschaft auf den Thibaut-Savignyschen Streit im Jahre 1814 als Grenze hin. Die großen Kodifikationen um die Zeit der Wende des Jahrhunderts, das Preußische Landrecht, das Oesterreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch und der Code civil stehen auf wesentlich anderem Boden. Sie sind in bewußtem Gegensatze zu dem geltenden gemeinen Rechte, also nicht, um einheitliches, sondern um partikulares Recht zu schaffen, eingeführt worden. Sie beruhen auf einer von der heutigen durchaus verschiedenen wissenschaftlichen Grundlage. Sie entstammen — auch der Code civil in gewissem Sinne — dem absolutistischen Staate, dem mächtigen Willen einzelner Herrscher, nicht dem organischen Zusammenwirken einer Volksvertretung mit der Regierung. Sie waren für einheitliche, straff zentralisirte Staaten, nicht für einen Bundesstaat bestimmt. Für die Entstehungsgeschichte des Reichs-Entwurfes hat lediglich das technische Moment der Ausarbeitung jener Gesetzeswerke, die Art und Weise Bedeutung, in welcher ihre Verfasser den Stoff zu sammeln und zu verarbeiten suchten. Nur in letzterer Hinsicht werden jene drei Gesetzbücher daher im Folgenden zu berücksichtigen sein.

Digitized by Google

I.

Die drei großen Gesetzbücher aus der Zeit um 1800.

1. Das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten.[1])

§ 2.

Nachdem Friedrich der Große wenige Jahre nach seinem Regierungsantritt in § 24 der Verordnung vom 31. Dezember 1746 dem Großkanzler von Cocceji befohlen hatte,

> ein deutsches allgemeines Landrecht, welches sich bloß auf die Vernunft und Landesverfassungen gründet, zu verfertigen,

erschienen 1749 und 1751 die beiden ersten, das Personenrecht und die dinglichen Rechte enthaltenden Theile eines „Projekts des Corporis juris Fridericiani". Dann ruhte der Plan, bis aus Anlaß der in den Jahren 1774 ff. stattfindenden Erörterungen über eine Prozeßreform seitens des damaligen Großkanzlers von Fürst in einem Immediatberichte vom 3. Juni 1776 abermals die alsbaldige Anfertigung eines allgemeinen vollständigen Gesetzbuches angeregt wurde; die Anregung blieb jedoch wiederum ohne weitere Folge. Erst als nach von Fürsts Sturze (Dezember 1779) der bisherige schlesische Justizminister von Carmer zum Großkanzler ernannt war, wurde in der auf seinen Antrag ergangenen Kabinetsordre vom 14. April 1780 nicht nur die Ausarbeitung einer neuen Prozeßordnung, sondern auch die Reform des Civilrechts in Aussicht genommen. Es sollten die

---

[1]) Vgl. Simon, Bericht über die scientifische Redaktion der Materialien der preußischen Gesetzgebung in Mathis, Allgemeine juristische Monatsschrift für die Preußischen Staaten. Bd. 11 S. 191 bis 286 g. — Stölzel, Carl Gottlieb Svarez. Berlin 1885. S. 156 bis 190, 220 bis 279, 320 bis 403. — Stobbe, Gesch. der deutschen Rechtsquellen § 91 (Bd. 2 S. 442).

Digitized by Google

Provinzial- und statutarischen Rechte der verschiedenen Provinzen gesammelt und statt des rezipirten römischen Rechtes ein allgemeines subsidiarisches Gesetzbuch für die gesammten königlichen Staaten angefertigt werden, welche in dem Gesetzbuche das corpus juris civilis romani, gereinigt von Widersprüchen und von allen Bestimmungen, welche sich auf die Römische Verfassung bezogen, und ergänzt durch alle Vorschriften, welche unsere bürgerlichen Verhältnisse und der Standpunkt unserer Kultur nothwendig machten, in einer systematischen Ordnung, und in deutscher Sprache erhalten sollten.

Die Vorarbeiten zu dem Werke begannen mit der Aufstellung eines Planes. Nach demselben sollte zuvörderst ein ordentlicher, getreuer und vollständiger Auszug aus dem corpus juris angefertigt und dieser Auszug sodann nochmals speziell in verschiedenen Richtungen (Landesgesetzgebung, Rechtsprechung, Prüfung des Werthes der Vorschriften, Vorschlag neuer Bestimmungen) durchgearbeitet werden. „Sowie ein Haupttheil dieser Materialien fertig war, wurden dieselben unter unmittelbarer Aufsicht des Großkanzlers revidirt, geprüft, ergänzt und in eine gewisse Form und Ordnung gebracht" (Svarez). Diese Materialien wurden dem Großkanzler von dem Assistenz-, späteren Kammergerichtsrath Klein vorgetragen, welcher auch die erste Fassung der Paragraphen vorschlug; die weitere Redaktion besorgte der Oberamtsregierungsrath, demnächstiger vortragender Rath im Justizministerium Svarez, dessen Redaktion dann dem gleich zu erwähnenden gedruckten Entwurfe zu Grunde lag.

Der so hergestellte Entwurf wurde stückweise den Mitgliedern der Gesetzeskommission mitgetheilt und (1784—1788) in 6 Abtheilungen publizirt, mit der öffentlichen Aufforderung an philosophische Rechtsgelehrte und praktische Juristen, den Entwurf zu prüfen und ihre Einwendungen einzusenden.[2]) Außerdem fand eine Versendung an einzelne Rechtsgelehrte unter Erbittung ihrer Einwendungen statt. Es wurden für die besten einlaufenden Kritiken Preismedaillen ausgelobt und vertheilt. Außerdem wurden die Theile des Entwurfes den einzelnen Regierungen, als den damaligen Oberlandesjustiz-Kollegien, zur Prüfung und demnächstigen Einsendung ihrer Bemerkungen zugefertigt.

[2]) Als eine erste Anregung eines gemeinsamen deutschen Civilgesetzbuches verdienen aus den öffentlichen Kritiken des Entwurfes folgende Worte Pütters (in dem 105. Stück der Göttinger gelehrten Anzeigen vom 1. Juli 1784, hier angeführt nach Stölzel a. a. O. S. 338) Erwähnung: „Wird nicht jeder Patriot mit uns wünschen, daß daraus ein ähnliches Gesetzbuch für jede andere deutsche Staaten erwachsen möchte? oder warum nicht selbst für ganz Deutschland?"

Digitized by Google

Ferner wurden den Provinzialständen durch die Regierungen Erinnerungen abgefordert. Endlich trat der Großkanzler über solche Materien, welche spezielle Zweige der Staatsverwaltung betrafen, mit den entsprechenden Ressortbehörden in Verbindung.

Die eingehenden zahlreichen Erinnerungen, welche 39 Aktenbände füllen, wurden demnächst in einem (immerhin noch 8 Bände umfassenden) extractus monitorum gemäß einem von Svarez herrührenden Plane von einer Anzahl von Juristen zusammengestellt. Ueber diesen Extrakt erstattete Svarez einen eingehenden Bericht, die Revision der monitorum. Gleichzeitig arbeitete er auf Grund der Monita den Entwurf um. Den neuen Entwurf erhielt alsdann die Gesetzes-Kommission zur Prüfung; die Monita derselben gaben zu nochmaligen Konferenzen Veranlassung. Am 20. März 1791 vollzog der König das Publikationspatent, nach welchem das Gesetzbuch unter dem Titel

„Allgemeines Gesetzbuch für die Preußischen Staaten"

am 1. Juni 1792 in Kraft treten sollte.

Durch Kabinetsordre vom 18. April 1792 wurde bestimmt, die gesetzliche Kraft des allgemeinen Gesetzbuches solle „vor der Hand noch, bis zur allgemeinen Bekanntmachung und Einführung desselben die ferneren Maßregeln genommen seien, suspendirt bleiben". Demnächst und zwar erst durch Ordre vom 12. November 1793, wurde dem Großkanzler aufgegeben, sich der Umarbeitung des Gesetzbuches, welches den Titel

„Allgemeines Landrecht für die Königlich Preußischen Staaten"

erhalten sollte, zu unterziehen, und bei derselben „alle Sätze, die das Staatsrecht und die Regierungsform betreffen, ingleichen alle neue, aus den bisher bestandenen Gesetzen nicht fließende, und zu deren Bestimmung und Ergänzung nicht dienende Vorschriften wegzulassen". Die Ausführung dieser Ordre geschah durch Svarez in der sog. „Schlußrevision",[3]) welche im Staatsrathe vorgetragen und berathen wurde. Unter dem 5. Februar 1794 erging dann das Publikationspatent, durch welches das Landrecht vom 1. Juni 1794 ab Gesetzeskraft erhielt.

Nahezu 14 Jahre lagen also zwischen der grundlegenden Kabinetsordre vom 14. April 1780 und der Vollendung des Werkes, von denen allerdings zwei Jahre auf die nicht durch Mängel des Gesetzbuches, sondern durch politische Gründe veranlaßte Suspension entfielen.

Während der ganzen Arbeit war es in Wahrheit der Großkanzler von Carmer, welcher die Verantwortung für dieselbe trug, und Svarez,

---

[3]) Abgedruckt bei v. Kamptz, Jahrbücher Bd. 41 S. 1 ff.

Digitized by Google

welcher, wenn auch formell als Carmers abhängiger Gehülfe, doch sachlich auf den Entwurf den weitgehendsten, bestimmenden Einfluß äußerte. Eine Kollegialberathung in der Art, daß durch Majoritätsbeschluß der Inhalt des Entwurfes festgestellt worden wäre, hat niemals stattgefunden, so sehr auch bei den wiederholten Revisionen thatsächlich den Meinungen Anderer Rechnung getragen worden ist.

Das Landrecht war gedacht als ein nur subsidiäres, an Stelle des gemeinen Rechtes tretendes Gesetzbuch. Der Umstand, daß die neben der Ausarbeitung des Landrechtes in Angriff genommene Sammlung und Redaktion der Provinzialrechte ins Stocken gerieth und nicht vollendet wurde, hatte zur Folge, daß allmählich das Landrecht in allen wichtigen Materien das prinzipale Recht wurde.[4]) Sonach ist — abgesehen von der theilweisen Suspension der drei ersten Titel des zweiten Theiles in einigen Landestheilen[5]) — jener anscheinend fundamentale Unterschied des Landrechtes und anderer Kodifikationen praktisch von keiner großen Tragweite gewesen.

2. Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie.[1])

§ 3.

In Oesterreich begannen die Kodifikationsarbeiten früher als in Preußen, führten jedoch erst weit später zu einem Abschluß. Schon im Jahre 1753 berief Maria Theresia eine Kommission, welche die Weisung erhielt, ein auf das Privatrecht beschränktes Gesetzbuch zu entwerfen, dabei soviel möglich, das bereits übliche Recht beizubehalten, die verschiedenen Provinzialrechte, insofern es die Verhältnisse gestatteten, in Uebereinstimmung zu bringen, dabei das gemeine Recht und die besten Ausleger desselben, sowie auch die Gesetze anderer Staaten zu benutzen, und zur Berichtigung und Ergänzung stets auf das allgemeine Recht zurückzusehen. Die Kommission sollte zuerst einen Plan des ganzen Gesetzbuches entwerfen; dann die Bearbeitung der einzelnen Materien unter ihre Mitglieder vertheilen und über die gelieferten Arbeiten

---

[4]) Vgl. Förster-Eccius, Theorie und Praxis des Preuß. Privatr. § 3. (5. Aufl. Bd. 1 S. 14 ff.)

[5]) S. darüber a. a. O. § 4 (S. 16 ff.).

[1]) S. Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts Bd. 1, 3. Aufl. (1868), Einl. Nr. II. A 1. (S. 5 ff.); Zeiller, Kommentar zu dem G.-B. 1811 S. 6 ff.; Stobbe, Geschichte d. deutsch. Rechtsqu. § 92 (Bd. 2 S. 476).

Digitized by Google

gemeinschaftlich berathen. Der Entwurf sollte der Revisionskommission in Wien unterbreitet werden; diese sollte ihre Bemerkungen wieder jener ersten Kommission mittheilen; über streitig bleibende Punkte sollte die Allerhöchste Entscheidung eingeholt werden. [2])

Nachdem Professor Azzoni aus Prag den Plan entworfen hatte, wurde gegen den Wunsch der Kommission, welche mit der Ausarbeitung des Gesetzbuches nur ein Mitglied betraut zu sehen wünschte, die Arbeit unter die Mitglieder vertheilt. Dies Verfahren bewährte sich nicht, nach drei Jahren war kaum der erste Theil vollendet. Die Kommission wurde daher aufgelöst und die Arbeit nur zwei Mitgliedern, Azzoni (nach dessen Tode Zenker) und Holzer, übertragen, von welchen der letztere den Kriminalcodex ausarbeitete.

Der endlich im Jahre 1767 vollendete, acht Foliobände starke Entwurf wurde nicht genehmigt. Die Kaiserin befahl vielmehr 1772 die Anfertigung eines Auszuges aus demselben, mit welcher Arbeit der Regierungsrath Horten betraut wurde. 1782 wurde der erste, das Personenrecht umfassende Theil vollendet und, nach einer nochmaligen Umarbeitung durch Hofrath von Keeß, von Joseph II. am 1. November 1786 publizirt (Josephinisches Gesetzbuch).

Erst nach Josephs II. Tode trug Leopold II. der Hofkommission in Gesetzessachen unter dem Präsidium des Freiherrn von Martini die Abfassung eines neuen, vollständigen Entwurfes auf, dessen drei Theile 1794, 1795, 1796 vollendet und in jeder Provinz einer eigens dazu bestellten Kommission und den Juristenfakultäten der Universitäten zur Beurtheilung vorgelegt, zugleich aber, „damit jeder Sachverständige im In- oder Auslande seine Meinung hierüber eröffnen könne", durch den Druck bekannt gemacht wurden.

Der Entwurf wurde bereits 1797 in Westgalizien (westgalizisches bürgerliches Gesetzbuch) und Ostgalizien eingeführt.

Auf Grund der Monita der Provinzialkommissionen erfolgte in den Jahren 1801—1806 eine Revision des Werkes durch eine besondere Kommission; dann wurde er noch einmal (1806—1808) von einer neuen Kommission durchberathen, schließlich im Staatsrathe geprüft, bis endlich am 7. Juli 1810 die Kundmachung des Gesetzbuches

---

[2]) Der Arbeitsplan bietet manche Aehnlichkeit mit dem von der Kommission der Ausarbeitung eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich befolgten (§ 19) und steht in schroffem Gegensatze zu der in dem Großkanzler von Carmer streng zentralisirten Methode, nach welcher das preußische Landrecht ausgearbeitet wurde.

Digitized by Google

angeordnet wurde. Am 1. Juni 1811 erging dann das Patent, durch welches das Gesetzbuch am 1. Januar 1812 für alle Deutschen Erbländer (unter Aufhebung des westgalizischen Gesetzbuches) als prinzipales (nicht subsidiäres) Recht in Geltung gesetzt wurde.

3. Der Code civil.

(Das Badische Landrecht.)[1])

§ 4.

Nachdem seit der Revolution verschiedene vergebliche Versuche zur Ausarbeitung eines einheitlichen Civilgesetzbuches unternommen worden waren — insbesondere hatten verschiedene von Cambacérès vorgelegte Entwürfe keine Annahme gefunden, — beauftragte Napoleon I. als erster Konsul mittels arrêté vom 24. Thermidor VIII (12. August 1800) eine aus vier Juristen (Tronchet, Portalis, de Préameneu und Maleville) bestehende Kommission mit der Ausarbeitung des Gesetzbuches. Dieselben vollendeten ihre Arbeit in etwa vier Monaten. Der Entwurf wurde am 1. Pluviose IX durch den Druck veröffentlicht, um ihn der allgemeinen Prüfung zu unterwerfen und außerdem dem Kassationshofe und den Appellationsgerichten zur Prüfung mitgetheilt. Alsdann fand eine Berathung des Entwurfes im Staatsrathe in der Gestalt statt, daß die Gesetzgebungs-Abtheilung des Staatsrathes denselben mit den Verfassern einer Prüfung unter Berücksichtigung der Bemerkungen der Gerichte unterzog, dann die Entwürfe der einzelnen Titel feststellte und dem Staatsrathe vorlegte, bei dessen Debatten die Redaktoren mitwirkten. Napoleon nahm an den Berathungen des Staatsrathes lebhaften Antheil. Die vollendeten Titel wurden unter mündlicher Entwickelung der Gründe der gesetzgebenden Versammlung vorgelegt, von dieser verfassungsgemäß dem Tribunate überwiesen und in diesem in ähnlicher Weise wie im Staatsrathe stückweise durchberathen. Bei diesen Berathungen handelte es sich allerdings nur um Verwerfung oder Annahme, da Besserungsanträge nach der Verfassung ausgeschlossen waren. Dann gelangten die Gesetzesvorschläge an die gesetzgebende Versammlung. Nachdem einer der Gesetzesvorschläge von der gesetzgebenden Versammlung verworfen, bezüglich des zweiten aber vom Tribunate gleichfalls die Verwerfung beantragt war, zog die Regierung mittels Beschlusses vom 3. Januar 1802 die sämmtlichen Theilentwürfe zurück. Erst 1803 wurde die Vorlage wieder eingebracht, es wurden die (36) Theilentwürfe

[1]) Zachariä, Handb. d. franz. Civilr. Bd. 1 § 10; Stobbe, Geschichte d. deutsch. Rechtsquellen Bd. 2 § 93 S. 81 ff.

Digitized by Google

einzeln angenommen und verkündet, bis durch Gesetz vom 30. Ventose XII (21. März 1804) eine zusammenfassende Publikation des „Code civil des Français" stattfand. Eine neue Publikation unter dem 3. September 1807 brachte nur redaktionelle Aenderungen und die anderweite Benennung als „Code Napoléon".[2])

Die Einführung des Code civil in die deutschen Landestheile, in welchen er in seiner ursprünglichen Gestalt noch gilt, geschah in Folge deren damaliger Zugehörigkeit zu Frankreich.[3])

In Baden wurde durch zwei Einführungsedikte vom 3. Februar und 22. Dezember 1809 eine Uebersetzung des Code civil mit der Reihenfolge der Artikel desselben, jedoch mit vielfachen Abänderungen und mit Zusätzen, welche durch Buchstaben unterschieden wurden, als „Badisches Landrecht" eingeführt. Der Verfasser des Werkes war der Staatsrath Brauer.[4])

II.

Der Plan eines Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches für Deutschland und die Rechtswissenschaft.

§ 5.

Es ist lange Zeit hindurch das Schicksal des deutschen Volkes gewesen, daß die Gemeinsamkeit seiner wichtigsten Interessen auf dem Gebiete des Geisteslebens nur in der privaten Arbeit der Männer gepflegt wurde, welche sich jenen Zweig der Wissenschaft oder der Kunst zur Lebensaufgabe gemacht hatten. Diese Privatthätigkeit mußte damals für das schwachen Ersatz bieten, was jetzt als Aufgabe des wiedererstandenen Reiches betrachtet wird, eines Reiches, welchem gleich im Eingange seiner Verfassung der Schutz des Rechtes und die Pflege der Wohlfahrt des deutschen Volkes zur Aufgabe gestellt sind.

So erging es auch dem Gedanken an die Schaffung eines einheitlichen Civilgesetzbuches für ganz Deutschland.

Im Jahre 1814, als die Erregung über die heldenmüthige Erhebung des deutschen Volkes in ihm noch nachzitterte, als an den eben zusammentretenden Wiener Kongreß sich die weitgehendsten Hoffnungen

---

[2]) Zachariä a. a. O. § 11.
[3]) Zachariä a. a. O. § 13.
[4]) Zachariä a. a. O.

Digitized by Google

auf eine politische Wiedergeburt Deutschlands knüpften, da war es ein deutscher Rechtslehrer, Thibaut, welcher das kühne Wort aussprach:

> „Ich bin der Meinung, daß unser bürgerliches Recht .... einer gänzlichen schnellen Umänderung bedarf, und daß die Deutschen nicht anders in ihren bürgerlichen Verhältnissen glücklich werden können, als wenn alle deutschen Regierungen mit vereinten Kräften die Abfassung eines, der Willkür der einzelnen Regierungen entzogenen, für ganz Deutschland erlassenen Gesetzbuches zu bewirken suchen."[1])

Damit beginnt die Entstehungsgeschichte des gegenwärtig vorliegenden Entwurfes. Nicht mehr handelt es sich, wie bei dem Preußischen Landrechte und bei dem Oesterreichischen allgemeinen Gesetzbuche um ein gesetzgeberisches Vorgehen, welches bestimmt war, gerade im Gegensatze zum Zustande des gemeinen deutschen Rechtes für einen engeren Kreis etwas Neues und Besseres an dessen Stelle zu setzen, also die Gemeinsamkeit zu durchbrechen, oder gar, wie bei der Einführung des Code civil in deutschen Reichsgebieten, darum, die politische Zugehörigkeit derselben zu dem Staate des fremden Eroberers noch fester zu knüpfen. Vielmehr war hier das volksthümliche Element, der Gedanke der nothwendigen Rechtseinheit für Deutschland, im Gegensatze zur bloßen Rechtsverbesserung, zum klaren Ausdrucke gebracht.

Es ist bekannt, daß Thibaut damals in Savigny einen entschiedenen Gegner fand, welcher Nothwendigkeit wie Möglichkeit der Schaffung eines einheitlichen Gesetzbuches leugnete[2]) und alles Heil, alle Gemeinsamkeit der Rechtsentwickelung von der Rechtswissenschaft erwartete.

Viel ist seit jenen Tagen über die Frage geredet und geschrieben worden.[3]) Eine kritische Sichtung der zahlreichen Schriften würde vielleicht nicht ohne literargeschichtliches Interesse sein. Allein der Wunsch und Gedanke eines einheitlichen Civilgesetzbuches ist seiner praktischen Verwirklichung durch jene Erörterungen kaum näher gerückt worden. Zudem sind die juristischen Gründe und Gegengründe in

---

[1]) Thibaut, über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechtes für Deutschland, in „Civilistischen Abhandlungen" S. 404 ff. (1814).

[2]) Savigny, vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. 1. Aufl. 1814, 3. Aufl. 1840.

[3]) Eine Zusammenstellung und Besprechung der literarischen Aeußerungen, welche durch Thibaut in Savignys Schriften zunächst erzeugt wurden, giebt Savigny, Zeitschr. f. geschichtl. Rechtswissenschaft Bd. (1816) S. 1—52; auch abgedruckt Beruf ꝛc. 3. Aufl. S. 163—191.

Digitized by Google

dem Thibaut-Savignyschen Streite so vollständig zur Erörterung gelangt, daß es genügt, sich auf eine Darstellung dieses Streites zu beschränken.

Thibaut schilderte in lebhaften Farben die Mängel des bestehenden Rechtszustandes, welche er vor allen Dingen in der Unvereinbarkeit deutscher Rechtsanschauungen mit römischen Rechtssätzen fand;[4]) er wies hin auf die Unsicherheit in der Textüberlieferung der römischen Rechtsquellen,[5]) auf die Ertödtung des wahren juristischen Sinnes durch die Masse des historisch Gegebenen und Positiven.[6]) Die Vortheile eines gemeinsamen bürgerlichen Gesetzbuches erblickte er — und das ist karakteristisch für die Verschiedenheit der damaligen und der heutigen Auffassungen von der Bedeutung gesetzgeberischer Aufgaben — zunächst in dem „unendlichen Gewinn für die wahre, höhere Bildung der Diener des Rechtes, der Lehrer und Lernenden", welcher vor allem aus der Einfachheit und Uebersichtlichkeit eines solchen Gesetzbuches entspringe,[7]) sowie in dem „unermeßlichen Gewinn" für den akademischen Unterricht, welcher dann das praktisch geltende Recht zu lehren im Stande sei. Erst nach eingehender Darlegung dieser Rückwirkung der Kodifikation auf den Rechtsunterricht[8]) folgt als ein weiterer Gesichtspunkt, aus welchem der Vortheil eines neuen, „einfachen" Gesetzbuches gepriesen wird, das „Glück der Bürger".[9]) Durch ein solches Gesetzbuch werde der leidige Streit über die örtliche Anwendbarkeit der Gesetze beseitigt. Die Einzelstaaten seien zu eigener Gesetzgebung unfähig.[10]) Die Begriffe über Gesetzgebung seien bei vielen deutschen Staatsbeamten im höchsten Grade schief und despotisch geworden; und dieses Uebel werde eher zu- als abnehmen, wenn den Partikulargesetzgebungen das bürgerliche Recht überlassen bleibe. Aus dem Zusammenwirken geübter Rechtskenner aus allen deutschen Reichsländern sei dagegen etwas Gutes zu erwarten.[11])

---

[4]) S. a. a. O. S. 418—420.
[5]) S. a. a. O. S. 421.
[6]) S. a. a. O. S. 423.
[7]) S. a. a. O. S. 425.
[8]) S. a. a. O. S. 427—434.
[9]) S. a. a. O. S. 434 ff.
[10]) S. a. a. O. S. 436 f.: „Kein deutsches Justizministerium wird, wenn es mit bescheidener Wahrhaftigkeit reden will, behaupten mögen, daß ihm die Fähigkeit beiwohne, auch nur eine einzige der vielen Hauptlehren des bezüglichen Rechtes so untadelhaft zu bearbeiten, daß das Werk kühn, nicht etwa den Advokaten und Richtern dieses Landes, sondern öffentlich den besseren deutschen Rechtsgelehrten zur Prüfung vorgelegt werden dürfte."
[11]) S. a. a. O. S. 440 f.

Digitized by Google

Wie unsicher sich selbst Thibaut, in seiner warmen Begeisterung für die große Idee, hinsichtlich der Möglichkeit ihrer Verwirklichung oder doch ihres Bestandes fühlte, und wie unermeßlich der Abstand unserer Tage von jener Zeit ist, beweisen am besten folgende Sätze:

> „Uebrigens bedarf es kaum einer Erinnerung, daß ein solches Gesetzbuch, wie es durch gemeinsames Wirken entstand, auch nur durch eben ein solches nachher erforderlichen Falls gebessert werden darf. Denn ohne dies würde natürlich die beabsichtigte Einheit nur kurze Zeit bestehen, und der böse Wille würde sich überall durch schnelles Niederreißen zu rächen suchen. Die Sache müßte also wie ein Völkervertrag unter feierlicher Garantie der auswärtigen großen alliirten Mächte behandelt werden."[12])

Ein deutsches Civilgesetzbuch nur unter Garantie Rußlands und Englands möglich — dieser Gedanke beweist am besten, wie mächtig die Gegnerschaft war, deren Widerstand Thibaut fürchtete. Mit der Widerlegung der zu erwartenden Einwendungen beschäftigt sich der letzte Theil seiner Abhandlung. Er theilt dieselben in heimliche (Lähmung der Macht der Landesherren, Neuerungsfurcht, Furcht vor Revolutionen)[13]) und öffentliche; dahin werden alle die Bedenken aus der Verschiedenheit der örtlichen Verhältnisse innerhalb Deutschlands gerechnet; allein die Vortheile der Einheit wiegen diese Bedenken auf, abgesehen davon, daß die Rechtsverschiedenheiten vielfach nur Folge unkluger Abgeschiedenheit und unüberlegter „Willkür" seien.[14]) Einem ferneren, aus der „Heiligkeit des Herkömmlichen" abzuleitenden Einwande begegnet Thibaut damit, daß „jene Unwandelbarkeit, jene segenvolle Stimmung des Volkes zur Ehrfurcht gegen das Alterthum" erst durch ein allgemeines Gesetzbuch erreicht werden könne. Auch solle man bei dem Verehren des Herkömmlichen nicht zu viel thun; auf „Gewohnheitssünder", denen das herkömmliche Schlechte gar zu lieb und bequem geworden, sei nicht Rücksicht zu nehmen.[15]) Wenn Thibaut endlich dem Einwande der

---

[12]) S. a. a. O. S. 443.

[13]) S. a. a. O. S. 445.

[14]) S. a. a. O. S. 454 f.

[15]) S. a. a. O. S. 456 ff. Noch heute verdienen folgende Worte Beherzigung: „Die wuchernden Ortsgebräuche und Gewohnheiten sind nur zu oft bloße Rechtsfaulheit, wobei es eines leisen Anstoßes bedarf, damit der Schritt zu einem anderen Ziele gelenkt werde, und wobei der bessernde Gesetzgeber auf eben den Dank rechnen kann, der dem Wundarzt zu Theil wird, wenn er den Furchtsamen nach langem Sträuben durch einen leichten Schnitt von fressenden Qualen befreite" (S. 458).

Digitized by Google

Langwierigkeit und Kostspieligkeit des Unternehmens die Replik entgegensetzt, es lasse sich darauf rechnen, daß die Vollendung des Werkes „in zwei, drei, vier Jahren" geschehen könne, da in dem Preußischen und Oesterreichischen Gesetzbuch, dem französischen Code und den bayerischen Arbeiten (s. unten § 12) so höchst lehrreiche Arbeiten vorlägen, daß Vieles schon jetzt als abgethan angesehen werden könne,[16]) — dann vermögen wir darin heute allerdings nur einen Optimismus zu erkennen, welchen die Geschichte Lügen gestraft hat. Dagegen ist in richtigem Vorausblick die Warnung geschrieben:

> „Am wenigsten lasse man sich aber dadurch irre machen, daß die gänzliche Umänderung unseres bürgerlichen Rechtes unter den eigentlich gelehrten Rechtskennern vielleicht die mehrsten Widersacher findet; das wird stets so bleiben und jetzt ist es gar nicht anders zu erwarten."[17])

Und fast wie eine sichere Erwartung dessen, was Savigny demnächst geltend machte, klingt es, wenn Thibaut mit der Mahnung schließt, nicht darum, weil wir vielleicht künftig für die Abfassung eines neuen Gesetzbuches noch fähiger werden könnten, als wir jetzt sind, das Werk zu verschieben.[18])

Dem Patrioten und Politiker trat der Jurist entgegen. So hoch an Geist, an Eleganz und juristischer Schärfe Savignys Gegenschrift über Thibaut steht, so weit bleibt sie hinter ihm an Wärme des Nationalgefühles, an Verständniß für die praktische Bedeutung des Rechtes und für die Formen seiner Verkörperung zurück.

Savigny gründet seine Darlegungen auf eine Darlegung seiner bekannten Anschauungen von der Entstehung alles positiven Rechtes aus dem Gewohnheitsrechte.[19]) Aus dieser rein theoretisch entwickelten prinzipiellen Anschauung folgt dann von selbst die Aussichtslosigkeit der Bestrebungen, den Rechtsstoff zu kodifiziren.[20]) Die Geschichte des Römischen Rechtes muß zum Belege dienen.[21]) Eine Untersuchung des „bürgerlichen Rechtes in Deutschland"[22]) soll, immer auf Grund-

---

[16]) S. a. a. O. S. 460.
[17]) S. a. a. O. S. 463.
[18]) S. a. a. O. S. 465 f.
[19]) Beruf ꝛc. (s. Anm. 2) 3. Aufl. S. 8—14.
[20]) S. a. a. O. S. 16—26.
[21]) S. a. a. O. S. 27—36.
[22]) S. a. a. O. S. 37—44.

Digitized by Google

lage jener prinzipiellen Anschauung, darthun, wie wenig die Klagen über den herrschenden Rechtszustand begründet seien. Die übermäßig lange Dauer der Prozesse liege in schlechten Gesetzen über das Verfahren. Die große Verschiedenheit der Landesrechte sei als kein Uebel zu betrachten.

> „Es scheint für diesen politischen Zweck" (die Belebung des Vaterlandsgefühles) „kein Zustand des bürgerlichen Rechtes günstiger, als der, welcher in Deutschland allgemein war: große Mannigfaltigkeit und Eigenthümlichkeit im Einzelnen, aber als Grundlage überall das gemeine Recht, welches alle deutschen Volksstämme stets an ihre unauflösliche Einheit erinnert."

Stehen die Gründe, aus welchen Savigny das Bedürfniß eines Gesetzbuches für Deutschland leugnet, mit unserer heutigen Anschauungsweise, dem stärker geweckten Volksbewußtsein, der Auffassung des Rechtes als eines Zwecksbegriffes, in schroffem Gegensatze, so ist dagegen die berühmte Leugnung „unseres Berufes zur Gesetzgebung"[23] von zwingender Beweiskraft. Savigny vermißt die Juristen, welche im Stande seien, den Stoff zu beherrschen und zur Darstellung zu bringen; dies folge daraus, daß es gänzlich an einem „Systeme des römisch-deutschen Rechtes" fehle, welches als Buch vortrefflich sei; die juristische Literatur sei hinter der allgemeinen Literatur weit zurückgeblieben. In zweiter Reihe aber mangele es an einer Sprache, in der ein Gesetzbuch geschrieben werden könne. Den Erfahrungsbeweis seiner Thesen führt Savigny durch eine eingehende Kritik des Code civil, des Preußischen Landrechtes und des Oesterreichischen allgemeinen Gesetzbuches.[24] Die praktischen Konsequenzen Savignys ergeben sich hieraus von selbst: in Ländern, die noch keine Gesetzbücher haben, sollen höchstens zur Entscheidung in Kontroversen und zur Verzeichnung alter Gewohnheiten Gesetze erlassen

---

[23]) S. a. a. O. S. 45. — „Unsere Zeit" im Sinne Savignys war der Anfang des laufenden Jahrhunderts; man sollte endlich aufhören, von Savignys Sätzen auch auf gesetzgeberischen Arbeiten der Gegenwart kritiklose Anwendung zu machen.

[24]) S. a. a. O. S. 54 ff. Das Urtheil über den Code civil (S. 55—81) ist ungemein abfällig; Savigny hat es, auch bei späterer Milderung seiner Ansicht über die französische Jurisprudenz, aufrecht erhalten (Beruf ꝛc. 3. Aufl. S. V. ff.). Sehr wohlwollende Würdigung findet dagegen das Preußische Landrecht (S. 81—95); bei Erörterung des Oesterreichischen Gesetzbuches (S. 95—108) werden vielfach dessen Mängel den Vorzügen des Preußischen Landrechtes gegenüber gestellt.

Digitized by Google

werden; im übrigen soll die im Wege der historischen Methode entwickelte Rechtswissenschaft Gemeingut aller Juristen und dadurch der Juristenstand wiederum „ein Subjekt für lebendiges Gewohnheitsrecht, also für wahren Fortschritt" werden.[25]) Die Gesetzbücher sollen dort, wo sie bestehen, nicht abgeschafft werden — mit Ausnahme des Code civil, welcher als eine überstandene politische Krankheit betrachtet werden müsse. Die Uebel, welche bei unrichtiger Behandlung der Gesetzbücher eintreten, sollen gleichfalls durch die Anwendung historischen Rechtsstudiums auch auf sie vermieden werden.[26]) „Das Gemeinsame" liege dann für alle deutschen Länder in der Identität des rechtswissenschaftlichen Studiums, dessen Methode auch auf das Studium der Landesrechte anzuwenden sei. Die Universitäten seien daher das einigende Band des Deutschen Rechtes.[27])

„Thibauts Vorschlag" wird endlich in praktischer Hinsicht besprochen: die Annahme einer kurzen Zeit für die Herstellung, die vorgeschlagene kollegialische Berathung, die geforderte Popularität werden als unmöglich bezeichnet.[28])

Im Schlusse[29]) rühmt Savigny als das rechte Mittel zur Beseitigung der Mängel des herrschenden Zustandes „eine organisch fortschreitende Rechtswissenschaft, die der ganzen Nation gemein sein kann."

In den vorstehend skizzirten beiden Abhandlungen liegt, wie erwähnt (S. 11), die theoretische Seite des Kampfes um ein deutsches Civilgesetzbuch beschlossen; selbst in den Reden, welche im Reichstage bezüglich der Ausdehnung der Reichskompetenz auf das gesammte bürgerliche Recht gehalten wurden (vgl. §§ 15, 16), wurden andere *juristische* Gründe für und wider nicht laut. Darum war auch ein näheres Eingehen auf jene Schriften hier am Platze.

Blicken wir, bereichert um eine 65jährige Erfahrung, auf den Streit zurück, so müssen wir beiden großen Gegnern theils Recht, theils Unrecht geben.

Thibaut traf das Richtige in der Betonung der nationalen und der praktischen Nothwendigkeit eines einheitlichen Civilgesetzbuches; bis in die neueste Zeit haben die Freunde des Werkes sich seiner Gründe

---

[25]) S. a. a. O. S. 111—134.
[26]) S. a. a. O. S. 135—150.
[27]) S. a. a. O. S. 151—154.
[28]) S. a. a. O. S. 155—160.
[29]) S. 161 f.

Digitized by Google

bedient. Er irrte in der Ausführbarkeit des Werkes in einer Zeit, welche weder politisch noch juristisch dazu reif war.

Savigny hatte Recht in dem Leugnen des Berufes seiner Zeit zur Gesetzgebung. Er irrte in dem Vertrauen auf die einigende Macht der durch die historische Methode neugeschaffenen Rechtswissenschaft;[30]) er verkannte die politische Bedeutung der Rechtseinheit und die praktischen Vortheile derselben für das Rechtsleben.

Beiden gemeinsam ist die einseitige Rücksichtnahme auf den Einfluß, welchen eine Kodifikation auf die Rechtswissenschaft und deren Studium äußern werde. Die Wissenschaft besteht um des Rechtes willen, dieses um des Volkes, nicht um der Wissenschaft willen.

III.

Der Plan eines Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches für Deutschland und der Juristenstand.

§ 6.

Seitdem der deutsche Juristenstand in dem 1860 gegründeten Juristentage ein Organ besaß, wurde auch dieses den wachsenden, auf eine deutsche Rechtsgemeinsamkeit gerichteten Bestrebungen dienstbar.

Es gehört geradezu zu den Zwecken des Juristentages:

„auf den Gebieten des Privatrechtes, des Prozesses und des Strafrechtes den Forderungen nach einheitlicher Entwickelung immer größere Anerkennung zu verschaffen, die Hindernisse, welche dieser Entwickelung entgegenstehen, zu beseitigen und sich über Vorschläge zu verständigen, welche geeignet sind, die Rechtseinheit zu fördern."[1])

Gleich auf dem ersten Deutschen Juristentage, welcher im Jahre 1860 in Berlin stattfand, hatte Professor Dr. Unger aus Wien den Antrag gestellt:[2])

der Juristentag wolle:

1. aussprechen: es sei dringend wünschenswerth, daß im Anschluß an das Deutsche Wechsel- und Handelsrecht und zur Anbahnung eines gemeinsamen Deutschen Civilgesetz-

---

[30]) Vgl. unten § 13 S. 30.

[1]) § 1 des Statuts des Deutschen Juristentages.

[2]) Verh. d. I. Deutschen Juristentages S. 128.

Digitized by Google

buches sofort die Abfassung eines Allgemeinen deutschen Gesetzes über Obligationenrecht unternommen werde;

2. die ständige Deputation beauftragen, die deshalb erforderlichen Schritte bei den deutschen Regierungen zu thun.

Der Antrag wurde in der ersten Abtheilung berathen und durch von Wächter, unter Zustimmung des Antragstellers, dahin erweitert:

man möge aussprechen, daß, da die Abfassung eines gemeinsamen Gesetzbuches höchst wünschenswerth, ja ein dringendes Bedürfniß sei, die Umstände zur Zeit aber die Ausführung dieses Unternehmens nicht gestatten, mindestens eine gemeinsame Gesetzgebung über das Obligationenrecht herbeizuführen sei;

und demnächst im Plenum angenommen.[3])

Nachdem inzwischen die Einleitungen zur Ausarbeitung einer gemeinsamen deutschen Civilprozeßordnung und eines gemeinsamen deutschen Obligationenrechtes von Bundes wegen — freilich nur unter Betheiligung eines Theiles der Bundesstaaten — in Angriff genommen worden war (§ 10), faßte der zweite, 1861 in Dresden abgehaltene Juristentag auf Bluntschlis Antrag den Beschluß:

Der Deutsche Juristentag erklärt auf Beschluß seiner Deputation folgendes:

a) Nachdem die Mehrzahl deutscher Regierungen sich bereitwillig erklärt hat,

die Begründung einer gemeinsamen deutschen Civilprozeßordnung und den Erlaß eines gemeinsamen Gesetzes über das deutsche Obligationenrecht einzuleiten,

spricht der Deutsche Juristentag seine Ueberzeugung aus, daß die erfolgreiche Förderung dieses Zweckes des allgemeinen Dankes des Vaterlandes sicher ist.

b) Wenn über die Form der Einleitung zu diesem Werke zur Zeit noch eine Meinungsverschiedenheit unter den deutschen Regierungen besteht, indem von der einen Seite auf die Vermittelung des Bundestages Werth gelegt, von der anderen Seite[4]) aber die freie und unvermittelte Ver-

---

[3]) S. a. a. O. S. 225—230. Die Diskussion im Plenum bezog sich ausschließlich auf die Frage, ob in dem Beschlusse ein Ersuchen an die Regierungen zur Ausführung aufzunehmen sei, was verneint wurde.

[4]) Namentlich von Preußen; s. § 10. S. 23.

Digitized by Google

einbarung der Regierungen vorgezogen wird, so erachtet der Deutsche Juristentag diese Meinungsverschiedenheit in keiner Weise für so erheblich, daß dadurch das Zustandekommen des Werkes selbst gefährdet oder auch nur verzögert werden könnte. Vielmehr drückt er den lebhaften Wunsch aus, daß durch allseitiges Entgegenkommen diese Frage zur baldigen Lösung gebracht werde.

c) Zu diesem Wunsche hält sich der Juristentag um so mehr für berechtigt, als es sich zur Zeit nur erst um Vorarbeiten für jenes Werk handelt und der Deutsche Juristentag der Ueberzeugung ist, daß zum endlichen Zustandekommen einer gemeinsamen Gesetzgebung auf dem Gebiete des Prozeß- und Obligationenrechtes die Einleitung zu einer gemeinsamen, von den Regierungen und den Kammern der einzelnen Staaten anerkannten, wenn auch lediglich zu diesem nationalen Werke festgesetzten Einrichtung nothwendig ist.

Die Diskussion[5]) hatte hauptsächlich den Punkt c) zum Gegenstande. Man wollte eine Mitwirkung der Volksvertretungen bei der Aufstellung der Entwürfe, um die Einzellandtage nicht daher in die Lage zu versetzen, zu einem von Bundes wegen vorgelegten Entwurfe nur „ja" oder „nein" sagen zu können. Wie diese Einwirkung zu gestalten sei, darüber, als über eine politische Frage, wollte man sich der Aeußerung enthalten. Der Grundgedanke des Antrages war richtig: bei einem so tief einschneidenden Gesetze, wie einem Civilgesetzbuche, konnte man der Mitwirkung einer Volksvertretung nicht entbehren. Der durch den geschichtlichen Verlauf klar erwiesene Irrthum lag eben darin, daß man ohne gemeinsames deutsches Parlament eine solche Mitwirkung für erreichbar hielt.

---

[5]) Verhandl. des zweiten Deutschen Juristentages Bd. 2 S. 100—133. — Ueber die Verfolgung eines ähnlichen Gedankens im Schoße des Bundestages selbst und über Preußens Protest hiegegen vgl. Verhandl. des dritten Deutschen Juristentages Bd. 2 S. 67 f.

Digitized by Google

IV.

Die Kodifikationsarbeiten auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechtes in Deutschland während der Zeit von 1814 bis 1866.

1. Der Deutsche Bund.

§ 7.

Die Deutsche Bundesakte wie die Wiener Schlußakte hatten auf Thibauts Anregung keine Rücksicht genommen. Die staatsrechtliche Form, zu welcher durch jene Grundlagen des Deutschen Bundesrechtes die deutschen Staaten zusammengefaßt wurden, war der Schaffung einheitlicher Gesetzbücher so ungünstig als möglich. Es fehlte dem Bunde die Gesetzgebungsgewalt; das Aeußerste, was er thun konnte, war, auf Annahme einheitlicher Gesetzgebungswerke seitens seiner Glieder hinzuwirken. Für die Einzelstaaten aber erwuchs hieraus die schwere Wahl unveränderter Annahme oder völliger Ablehnung eines solchen Werkes.

Wie schwer diese staatsrechtliche Unmöglichkeit, zu einem gemeinen Rechte zu gelangen, jene Schwierigkeit, auch nur ein übereinstimmendes Recht zu erreichen, empfunden wurde, beweist die Thatsache, daß man in den unreifen Träumen von der Wiedererstehung des Deutschen Reiches in den Jahren 1848/49 sogleich an einheitliche Kodifikation dachte. Der Entwurf der Reichsverfassung von 1849 schrieb in Art. XIII § 59 (nach der Fassung erster Lesung § 64) vor:

> „Der Reichsgewalt liegt es ob, durch die Erlassung allgemeiner Gesetzbücher über bürgerliches Recht, Handels- und Wechselrecht, Strafrecht und gerichtliches Verfahren die Rechtseinheit im deutschen Volke zu begründen.“[1])

Noch schärfer aber tritt die innere Nothwendigkeit der gesammten auf einheitliche Kodifikation gerichteten Entwickelung dadurch hervor, daß wiederholte Versuche gemacht wurden, mit dem unvollkommenen Staatsapparate gleichwohl gemeinsame Gesetzbücher zu Wege zu bringen. Zwei dieser Versuche — die Ausarbeitung der Wechselordnung und

[1]) Roth u. Merck, Quellensammlung zum deutschen öffentlichen Recht. Bd. 2 S. 222.

Digitized by Google

die des Handelsgesetzbuches — gelangen; der dritte, die Ausarbeitung eines Gesetzes über Schuldverhältnisse, würde allem Anscheine nach auch dann nicht zum Ziele geführt haben, wenn ihm nicht durch die Auflösung des Deutschen Bundes ein jähes Ende bereitet worden wäre.

a) Die Allgemeine deutsche Wechselordnung.

§ 8.

Die Entstehungsgeschichte der Allgemeinen deutschen Wechselordnung[1]) ist einerseits so bekannt, andererseits mit den auf ein Civilgesetzbuch gerichteten Arbeiten nur so lose zusammenhängend, daß eine kurze Erinnerung an ihre wesentlichsten Momente genügen dürfte.

Auf Einladung der preußischen Regierung, welche mittels Denkschrift vom 31. August 1847 erfolgte, versammelten sich am 20. Oktober 1847 zu Leipzig Abgeordnete von 19 Bundesstaaten.[2]) Die Zahl der Abgeordneten schwankte in den einzelnen Sitzungen zwischen 25 und 30.[3]) Es wurden, und zwar in der Zeit vom 20. Oktober bis 9. Dezember 1847, 35 Sitzungen gehalten, in denen der sächsische Staatsminister von Könneritz den Vorsitz führte. Referent war der preußische Geheime Justizrath Bischoff. Die Berathungen erfolgten auf Grundlage eines preußischen Entwurfes. Protokollführer war der Stadtgerichtsrath Dr. Haensel. Die Revision und Feststellung der Protokolle geschah in ungemein sorgfältiger Weise. Nach jeder Sitzung wurden die Beschlüsse redigirt, von der 9. Sitzung an durch eine Redaktions-Kommission. Am 7. Dezember wurde der „Entwurf der Fassungs-Kommission" dem Plenum vorgelegt und in 3 Sitzungen zu dem „definitiven Entwurfe" umgestaltet, welcher in der 35. Sitzung am 9. Dezember 1847 mit noch einigen Aenderungen angenommen wurde. Wie der Entwurf demnächst zuerst als „Reichsgesetz" vom 26. November 1848, dann in den einzelnen Bundesstaaten als Landesgesetz verkündet wurde und schließlich durch das Bundesgesetz vom 5. Juni 1869, bezw. durch dessen Ausdehnung auf die süddeutschen Staaten als Deutsches Reichsgesetz verkündet worden ist, interessirt hier nicht.

---

[1]) Vgl. von den vielen einschlägigen Darstellungen: Thöl, Wechselrecht §§ 148, 152 (2. Aufl. S. 29, 47); Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen § 95 Bd. 2 S. 490.

[2]) Oesterreich, Preußen, Bayern, Sachsen, Hannover, Württemberg, Baden, beide Hessen, Dänemark, Thüringen, Braunschweig, Nassau, Mecklenburg, Oldenburg, die vier freien Städte.

[3]) S. die Namen bei Thöl a. a. O. § 148 A. 7 S. 31.

Digitized by Google

Ebenso bedarf es hinsichtlich der sogen. Nürnberger Novellen nur eines Hinweises auf deren bekannte Entstehung;[4] sie bilden in der Geschichte der deutschen Privatrechtskodifikation nur ein nebensächliches Ereigniß.

b) Das Allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch.

§ 9.

Auch hinsichtlich der Entstehung[1] dieses Gesetzbuches gilt das im Eingange des vorigen § 8 Bemerkte.

Nachdem in Folge einer bei den Leipziger Konferenzen (§ 8) in der Sitzung vom 8. Dezember 1847 gegebenen Anregung[2] im November 1848 von dem damaligen Reichsministerium der Justiz eine Kommission zur Ausarbeitung eines Entwurfes eines Allgemeinen Handelsgesetzbuches für Deutschland berufen, von dieser aber nur ein Theil des Werkes vollendet war, beschloß auf Antrag Preußens vom 21. Februar 1856 der Bundestag am 18. Dezember desselben Jahres die Einberufung einer neuen Kommission „zur Ausarbeitung des Entwurfes eines Allgemeinen Handelsgesetzbuches für die deutschen Bundesstaaten", welche am 15. Januar 1857 zu Nürnberg zusammentrat. In ihr waren 21 Bundesstaaten[3] mit 11 Stimmen durch 34 Abgeordnete[4] vertreten. Den Berathungen wurde ein preußischer Entwurf, unter Rücksichtnahme auf einen österreichischen Entwurf, zu Grunde gelegt. Den Vorsitz führte der bayerische Staatsminister von Ringelmann; zweiter Vorsitzender war der österreichische Handelsgerichts-Präsident Dr. von Raule. Referent war der preußische Geheime Oberjustizrath Bischoff, nach dessen Tode der preußische Geheime Oberjustizrath Heimsoeth. Die erste Lesung der vier ersten Bücher dauerte vom 15. Januar bis 30. Juni 1857, die zweite vom 15. September 1857 bis 3. März 1858. Ueber den Entwurf zweiter Lesung haben verschiedene Handelsrechtslehrer bedeutende Kritiken veröffentlicht. Auf die zweite Lesung folgte zunächst die Berathung des Seerechtes, welche,

---

[4]) Vgl. Thöl, Wechselrecht § 153 (2. Aufl. S. 56 ff.

[1]) Vgl. von den vielen einschlägigen Darstellungeu Thöl, Handelsrecht Bd. 1 § 18 (5. Aufl. S. 56 ff.); Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen § 96 (Bd. 2 S. 492).

[2]) Thöl, Wechselrecht § 148 Nr. VI. (2. Aufl. S. 36).

[3]) Oesterreich, Preußen, Bayern, Sachsen, Hannover, Württemberg, Baden, beide Hessen, die Sächsischen Herzogthümer, Braunschweig, Mecklenburg-Schwerin, Nassau, die vier freien Städte.

[4]) S. die Namen bei Thöl, Handelsrecht I. § 18 A. 6 (5. Aufl. S. 58).

Digitized by Google

unter Betheiligung von nur 11 Staaten[5]) und zum Theil anderer Abgeordneten[6]), in Hamburg stattfand. Sie erfolgte in zwei Lesungen vom 26. April 1858 bis 25. Oktober 1859 und vom 9. Januar bis 22. August 1860. Hieran schloß sich noch eine dritte Lesung der vier ersten Bücher, jedoch nur in beschränktem Umfange, nachdem die Regierungen von Oesterreich, Preußen und Bayern eine solche Beschränkung mit der Erklärung verlangt hatten, daß sie, wenn einzelne bestimmte Sätze des Entwurfes eine Abänderung erleiden würden, den Entwurf nicht zum Gesetzbuch erheben könnten.

Protokollführer der Konferenzen war der bayerische Assessor Lutz; die Protokolle unterlagen auch hier sorgfältiger Revision und schließlicher Feststellung durch die Konferenz. Eine engere Redaktionskommission hat den Entwurf erster Lesung auf Grund der Kommissionsbeschlüsse zusammengestellt.

Die Einführung des Handelsgesetzbuches durch einzelne Landesgesetzgebungen und seine schließliche Umwandlung in ein Reichsgesetz sind für die Zwecke dieser Darstellung ohne Bedeutung.

c) Der sog. Dresdener Entwurf.[1])

§ 10.

Am 17. Dezember 1859 wurde von zehn deutschen Bundesregierungen ein die Herbeiführung einer gemeinschaftlichen Civil- und Kriminalgesetzgebung für die deutschen Bundesstaaten bezweckender Antrag beim Bundestage gestellt und hierüber am 12. August 1861 Vortrag in der Bundesversammlung erstattet.

In diesem Vortrage wurde der universelle Karakter des täglichen gemeinen Verkehres, auch außerhalb des Handelsverkehres, betont und

---

[5]) Sachsen, Württemberg, Baden, beide Hessen, Nassau und Frankfurt betheiligten sich nicht, Oldenburg trat zu.

[6]) S. die Namen bei Thöl, Handelsrecht Bd. 1 § 18 Anm. 13 (5. Aufl. S. 61).

[1]) Entwurf eines Allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse, bearbeitet von den durch die Regierungen von Oesterreich, Bayern, Sachsen, Hannover, Württemberg, Hessen-Darmstadt, Mecklenburg-Schwerin, Nassau, Meiningen und Frankfurt hierzu abgeordneten Kommissaren und im Auftrage der Kommission herausgegeben von Dr. L. Francke, Königl. sächs. Bezirksgerichtsrath, erstem Sekretär der Kommission. Dresden 1866. Das Vorwort S. III bis VII giebt einen kurzen Abriß der Entstehungsgeschichte. — Vgl. auch den Bericht Volkmars in den Verh. des dritten Deutschen Juristentages (1862) Bd. 2 S. 64 ff.

Digitized by Google

hieraus die Leichtigkeit der Herstellung einer formellen Einheit in dieser Hinsicht abgeleitet. Die Einführung eines gemeinschaftlichen Gesetzbuches über das Obligationenrecht sei Wohlthat und Bedürfniß, sowohl an sich als zur Ergänzung und Befestigung des gemeinschaftlichen Handels- und Wechselrechtes. In Bezug auf die übrigen Theile des Privatrechtes wurde eine gemeinschaftliche Gesetzgebung, wenigstens zur Zeit, theils nicht als Bedürfniß, theils geradezu als unmöglich erachtet.

Am 6. Februar 1862 beschloß die Bundesversammlung:

1. die Ausarbeitung von Entwürfen einer allgemeinen Civilprozeßordnung für die deutschen Bundesstaaten und eines allgemeinen Gesetzes über Rechtsgeschäfte und Schuldverhältnisse (Obligationenrecht) einzuleiten . . .
2. . . . . [2])
3. die Niedersetzung einer Kommission für die Bearbeitung des Obligationenrechtes mit dem Sitze in Dresden in Aussicht zu nehmen;
4. die Regierungen, welche zur Beschickung dieser Kommissionen geneigt wären, zur Erklärung hierüber einzuladen.

Preußen, welches zur Wechselordnung und zum Handelsgesetzbuche gerade seinerseits die Anregung gegeben hatte, legte gegen diesen Beschluß wegen Inkompetenz des Bundes und wegen Gefährdung der Rechte der Kammern Verwahrung ein. Es ist nicht zu vergessen, daß inzwischen die Leitung der preußischen Staatsgeschäfte in die Hände des Mannes übergegangen war, welcher auf anderen Wegen, als denen des Bundestages, die deutsche Einheit auch auf dem Rechtsgebiete erstrebte und erreichte.

Durch Bundesbeschluß vom 13. November 1862 wurde der Zusammentritt der Kommission, als deren Sitz Dresden gewählt ward, auf den 5. Januar 1863 bestimmt. In der Kommission waren 10 Staaten [3]) durch 8 Mitglieder [4]) vertreten, — also eine weit geringere Theilnahme als bei der Wechselordnung und bei dem Handelsgesetzbuche. Das Präsidium führte der Handelsgerichts-Präsident Freiherr von Raule aus Wien. Die Kommission, deren Sitzungen am

---

[2]) Bezieht sich auf die Civilprozeßordnung.

[3]) Oesterreich, Bayern, Sachsen, Hannover, Württemberg, Hessen-Darmstadt, Frankfurt, Mecklenburg-Schwerin, Nassau, Sachsen-Meiningen — Kurfürstenthum Hessen und Schwarzburg-Rudolstadt nahmen von dem Gange der Berathungen durch Entnahme der Konferenz-Protokolle Kenntniß.

[4]) S. die Namen bei Francke S. IV, V. Zwei Mitglieder schieden während der Berathung aus.

Digitized by Google

7. Januar 1863 eröffnet wurden, nahm in 324 Sitzungen zwei Lesungen vor.[5]) Neben dem Plenum bestanden drei Ausschüsse: zur Ausarbeitung der Vorlage, zur Redaktion der Beschlüsse, zur Prüfung der Protokolle. Referent war der Geheime Justizrath Siebenhaar aus Dresden; Protokollführer außer Francke (s. Anm. 1) noch der Aktuar Just vom Bezirksgericht in Dresden. Für die dem vorbereitenden Ausschusse obliegende Ausarbeitung der Vorlage diente der bayerische Entwurf (s. § 12), unter steter Mitberücksichtigung des hessischen Entwurfes (s. § 14) und des Sächsischen bürgerlichen Gesetzbuches (s. § 13), als Leitfaden.

Die Kommission ertheilte nach Beendigung der Arbeiten ihrem ersten Sekretär den Auftrag zur Veröffentlichung des Entwurfes und der Protokolle im Wege des Buchhandels. Die Vorrede zu dem Abdrucke des Entwurfes datirt vom 13. Juni 1866. Am folgenden Tage brach der Deutsche Bund zusammen; zu der beabsichtigten gleichen Veröffentlichung der (allerdings für den internen Gebrauch der Kommission gedruckten) Protokolle ist es nie gekommen.

Der Entwurf enthält 1045 Artikel, welche, mit Ausnahme einer einzelnen Bestimmung (Derogirung des gemeinen Rechts — Art. 1) in zwei Theile geordnet sind. Der erste Theil trägt die Ueberschrift „Von den Schuldverhältnissen im Allgemeinen" und zerfällt in fünf Abtheilungen: Wesen und Arten der Schuldverhältnisse (Art. 2—22); Entstehung der Schuldverhältnisse durch Verträge und unerlaubte Handlungen (Art. 23—226); Wirkungen der Schuldverhältnisse (Art. 227 bis 340); Erlöschung der Schuldverhältnisse (Art. 341—421). In diesem ersten Theile sind vielfach Vorschriften enthalten, welche über das Obligationenrecht weit hinausgehen, wie Art. 23—26 über Geschäftsfähigkeit; Art. 396, 397 über Wirkung freisprechender Erkenntnisse; Art. 398 ff. über Anspruchsverjährung u. s. w.

Der zweite Theil ist überschrieben „Von den Schuldverhältnissen im Besonderen" und trifft in 10 Abtheilungen Bestimmung über Schuldverhältnisse: 1) aus Verträgen, welche auf eine Veräußerung von Sachen und Rechten gerichtet sind (Art. 422—522); 2) aus Verträgen, welche auf eine Ueberlassung zum Verbrauche oder Gebrauche gerichtet sind (Art. 523—613); 3) aus Verträgen, welche auf eine Dienstleistung oder eine Werklieferung gerichtet sind (Art. 614 bis 686); 4) aus fremder Geschäftsführung (Art. 687—768); 5) aus einer Rechtsgemeinschaft (Art. 769—861); 6) aus gewagten Verträgen

[5]) Erste Lesung 259 Sitzungen vom 7. Januar 1863 bis 16. Januar 1865; zweite Lesung 65 Sitzungen vom 6. Oktober 1865 bis 28. Mai 1866.

Digitized by Google

(Art. 862—921); 7) aus Verträgen, welche auf Anerkennung, Sicherstellung oder Feststellung von Ansprüchen gerichtet sind (Art. 922 bis 975); 8) aus ungehöriger Bereicherung (Art. 976—1006); 9) aus unerlaubten oder diesen gleich zu erachtenden Handlungen (Art. 1007 bis 1040); 10) aus Zuständen (Art. 1041—1045).

2. Die deutschen Einzelstaaten.

a) Preußen.

§ 11.

Obwohl das Landrecht erst im Jahre 1794 in Kraft getreten war (§ 2 S. 5), so hatte doch die Stein-Hardenbergsche Gesetzgebung der Jahre 1807—1812 so tief eingreifende Veränderungen in einer Reihe der vom Landrecht normirten Materien gebracht, daß schon durch Kabinetsordre vom 3. November 1817 eine Revision des allgemeinen Landrechtes und der Gerichtsordnung angeordnet wurde, „um beide den Veränderungen anzupassen, die seit ihrer Publikation vorgefallen sind". Diese „Gesetzesrevision" dauerte 31 Jahre.[1]) Zuerst war sie dem Staatsminister von Beyme, seit 1825 dem Justizminister von Dankelmann übertragen. Die Aufgabe wurde durch eine fernere Kabinetsordre vom 24. Juli 1826 dahin bestimmt, daß nicht eine neue Gesetzgebung an die Stelle der gegenwärtigen treten solle; vielmehr sei es nur die Absicht,

> daß die jetzt bestehende Gesetzgebung zum Grunde gelegt und aufrecht erhalten werde, daß aber in das Landrecht und die Gerichtsordnung nicht bloß eingeschaltet werde, was seit ihrer Emanation neu hinzugekommen oder abgeändert ist, sondern daß dasjenige, was sich nach den von Gerichts- und Verwaltungsbehörden aus mehrjähriger Erfahrung geschöpften Bemerkungen in der Ausführung entweder an sich als unrichtig, mangelhaft, unbestimmt, oder als für das Bedürfniß der gegenwärtigen Verhältnisse unzureichend erwiesen hat, einer gründlichen Prüfung unterworfen und nach dem Resultate derselben berichtigt, ergänzt, erläutert und vervollkommnet werde.

---

[1]) Vgl. von Kamptz, aktenmäßige Darstellung der preußischen Gesetzesrevision, in dessen Jahrbüchern Bd. 60 S. 1—308. Dieselbe reicht indeß nur bis 1842. — S. auch Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen § 91 Bd. 2 S. 474 f.; Stölzel, Brandenburg-Preußens Rechtsverwaltung ꝛc. Bd. 2 S. 447 bis 620 passim.

Digitized by Google

Im Jahre 1817—1819, dann wieder von 1832 ab wurde ein besonderes Ministerium für die Gesetzesrevision errichtet, dem die Minister von Beyme und von Kamptz, seit 1842 von Savigny vorstanden. Es war eine eigenthümliche Ironie der Geschichte, welche den Gegner jeder Kodifikation (s. § 5 S. 13 ff.) an die Spitze einer gerade mit dieser Arbeit betrauten höchsten Staatsbehörde stellte.[2]) Das Jahr 1848 machte dem Gesetzgebungsministerium und damit der ganzen Revisionsarbeit ein Ende. „Als einziges Ergebniß dieser langjährigen Anstrengungen sind ein 1839 und 1842 gedruckter Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches für die preußischen Staaten und die als Manuskript gedruckten Pensa zu erwähnen, welchen man jetzt keinen andern Werth beilegen kann, als den einer mehr oder weniger gelungenen Kritik der privatrechtlichen Gesetzgebung."[3]) Mit Rücksicht auf diese praktische Unfruchtbarkeit der Revisionsarbeit und ihre Einflußlosigkeit auf die späteren Kodifikationsbestrebungen soll hier nicht näher auf dieselben eingegangen werden.

b) Bayern.

§ 12.

In Bayern ist die Mannigfaltigkeit der örtlichen Rechte von jeher besonders groß und daher der Uebelstand der Rechtsungleichheit besonders fühlbar gewesen.[1]) Demselben suchte bereits die bayerische Verfassungs-Urkunde vom 26. Mai 1818 durch die Vorschrift[2]) abzuhelfen:

> „Es soll für das ganze Königreich ein und dasselbe bürgerliche und Straf-Gesetzbuch bestehen."

Seit Beginn des Jahrhunderts ist daher dort an einer einheitlichen Civilrechts-Kodifikation gearbeitet worden,[3]) allein ohne Erfolg.

Im Jahre 1809 wurde Feuerbach mit der Ausarbeitung eines Entwurfes beauftragt, durch welchen die französische Civilgesetzgebung im Königreiche eingeführt werden sollte. Indessen wurde dieser Plan wieder verlassen und 1810 eine Kommission niedergesetzt, welche einen neuen Entwurf unter Zugrundelegung des bayerischen Landrechtes aus-

[2]) S. aber auch „Savignys Ministerprogramm" bei Stölzel a. a. O. Bd. 2 S. 736, 747 f.

[3]) Förster-Eccius, Theorie und Praxis des preuß. Privatr. 5. Aufl. § 3 (Bd. 1 S. 12 f.).

[1]) Vgl. v. Völderndorff, Civilgesetzstatistik des Königreichs Bayern, 2. Aufl. 1880. S. auch die Schilderung des Abg. Herz in der Reichstagssitzung vom 29. Mai 1872 (Stenogr. Ber. S. 601).

[2]) Tit. VIII. § 7.

[3]) Vgl. Roth, Bayer. Civilr. Bd. 1 (2. Aufl.) § 1 S. 1 ff.

Digitized by Google

arbeiten sollte; auch diese gelangte zu keinem Ergebnisse. Ein weiterer Entwurf, ausgearbeitet von dem Freiherrn von Aretin, war zur Publikation bereits vorbereitet und sollte am 1. Oktober 1818 in Kraft treten, wurde aber zurückgezogen. Auch einem weiteren — vierten — von Gönner ausgearbeiteten und einem — fünften — von dem Freiherrn von Leonrod auf Grund des Oesterreichischen Gesetzbuches aufgestellten, am 15. Oktober 1834 eingereichten Entwurfe wurde eine Folge nicht gegeben. Durch Verordnung vom 10. März 1844 wurde eine aus 5 Mitgliedern bestehende Gesetzgebungs-Kommission bestellt, welche auch ein bürgerliches Gesetzbuch redigiren sollte, über deren Thätigkeit aber nichts bekannt geworden ist. Endlich wurde in Folge einer weiteren Verfügung vom 8. April 1854 die Herstellung eines Gesetzbuches angeordnet, welches, in 7 Bücher und 4583 Artikel getheilt, vollendet worden ist. Dieses Gesetzbuch wurde — es ist dies die achte Stufe auf dem Wege bayerischer Kodifikationsversuche — im Jahre 1858 einer Kommission zur Berathung übergeben. Dieselbe hat jenen Entwurf überarbeitet und aus ihm Bruchstücke veröffentlicht.[4])

Es umfassen von diesen veröffentlichten Fragmenten:

1. die Publikation des Jahres 1860:
   a) aus dem allgemeinen Theil der Hauptstücke „von den Rechtsgeschäften" in 172 Artikeln;
   b) Theil II. „das Recht der Schuldverhältnisse" in 976 Artikeln

   nebst Motiven.[5])
2. die Publikation des Jahres 1864:
   c) aus dem allgemeinen Theile 30 auf das Sachenrecht bezügliche Artikel (143—172);
   d) Theil III. „Besitz und Rechte an Sachen" in 450 Artikeln

   nebst Motiven.[6])

---

[4]) a) Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern. Theil I. Hauptstück ... Von den Rechtsgeschäften. Theil II. Recht der Schuldverhältnisse. München 1861.
b) Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern. München 1861.
c) Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern (Fortsetzung). München 1864.
d) Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern (Fortsetzung). München 1864.

[5]) Zu a) S. 1—52, zu b) S. 53—298.

[6]) Zu a) S. 1—9, zu b) S. 11—131.

Digitized by Google

Die beiden den Veröffentlichungen vorangestellten Ministerial-Verfügungen vom 28. November 1860, bezw. vom 1. Juni 1864 fordern zur „allgemeinen Beurtheilung", bezw. zur „allgemeinen Prüfung und Würdigung" auf und sagen Berücksichtigung der zu erhebenden Monita bei der Schlußredaktion in dritter Lesung zu. In der Einleitung zu dem 1864 veröffentlichten Stücke der Motive[7]) werden eine Reihe der über das erste veröffentlichte Bruchstück eingegangenen Beurtheilungen angeführt und dankend erwähnt.

Der Entwurf will nicht subsidiäres, sondern prinzipales Recht schaffen.[8])

Bemerkenswerth ist die dem Plane zu Grunde liegende systematische Anordnung: allgemeiner Theil, Recht der Schuldverhältnisse, Rechte an Sachen, Familienrecht, Erbrecht. „Die Voranstellung des Rechtes der Schuldverhältnisse[9]) rechtfertigt sich, abgesehen von der Wichtigkeit desselben für den Rechtsverkehr, durch die Erwägung, daß dieser Theil des Privatrechtes fast gar keine Rechtssätze aus den übrigen Theilen des Rechtssystemes zur Voraussetzung hat, während seine eigenen Bestimmungen vielfach in die letzteren eingreifen." [10])

c) Sachsen.

§ 13.

Die Kodifikationsversuche auf dem Gebiete des Privatrechtes[1]) reichen in Sachsen bis in das 18. Jahrhundert zurück. Schon 1763 tauchte der erste bezügliche Plan auf, auch bestand 1791—1819 eine Gesetzeskommission. Eine ernstliche Inangriffnahme der Arbeit fand aber erst im Jahre 1846 statt, in welchem der Geheimrath Held mit der Abfassung eines privatrechtlichen Gesetzbuches beauftragt wurde.

Der von diesem im Jahre 1852 vollendete, im Jahre 1853 gedruckte und am 21. April 1853 den Ständen vorgelegte, von deren Deputationen bis zum Schlusse des Obligationenrechtes durchberathene Entwurf wurde von der Regierung wieder zurückgezogen, weil sie durch die Kritiken des Entwurfes, gedruckte wie handschriftliche, die Ueberzeugung erlangte, daß er zur Publikation noch nicht reif sei und

---

[7]) S. III.

[8]) Einl. zu den Motiven von 1861 S. IV ff.

[9]) Diese Anordnung ist auch in den jetzt vorliegenden Reichsentwurf übergegangen.

[10]) Einl. zu den Motiven von 1860 S. V, VI.

[1]) Grützmann, Lehrbuch des sächsischen Privatrechtes Bd. 1 § 4 S. 8 ff.

Digitized by Google

in dieser Ueberzeugung durch die Berathungen in der ständischen Deputation bestärkt wurde,[2]) endlich sich die Aussicht einer Betheiligung der Thüringischen Staaten und Anhalts an dem Werke bot.

Zu Anfang des Jahres 1856 ward zur Revision des Heldschen Entwurfes eine Kommission unter dem Vorsitze des Appellationsgerichts-Präsidenten von Langenn niedergesetzt, in welcher außer Sachsen auch die Thüringischen Staaten und Anhalt-Dessau vertreten waren. Referent war erst Held, nach dessen Tode der Oberappellationsgerichtsrath, späterer Geheime Justizrath Siebenhaar.[3]) Die Gesammtzahl der übrigen Mitglieder betrug 9, außer Deputirten der verschiedenen sächsischen Verwaltungsministerien. Zunächst wurden die Beschlüsse in voller Versammlung gefaßt, dann von einer besonderen Deputation redigirt; diese Redaktion wurde dann nochmals der vollen Versammlung vorgelegt. In vierjähriger Arbeit vollendete die Kommission ihr Werk; die erste Lesung schloß gegen Ende März 1860, die zweite gegen Ende Mai desselben Jahres. Im ganzen wurden in der vollen Versammlung 245, in der Redaktions-Deputation 83 Sitzungen gehalten.

Der Entwurf und die allgemeinen Motive wurden am 30. November 1860, die speziellen Motive am 29. Januar 1861 den Ständen mitgetheilt und durch den Druck veröffentlicht.[4])

In den allgemeinen Motiven sind mit ausgezeichneter Klarheit und Schärfe die einzelnen Seiten des Problems der Kodifikation im allgemeinen erörtert. Dies gilt nicht nur von der — heute wohl nicht mehr zweifelhaften — Frage, ob die subsidiäre Geltung des gemeinen Rechtes beizubehalten sei,[5]) von den Erörterungen über das System,[6]) von der

---

[2]) S. über diese Vorgänge allgem. Motive zum Entw. eines bürgerlichen G.-B. f. d. Königreich Sachsen. 1860. S. 423—426.

[3]) Ueber die Arbeiten dieser sog. Revisionskommission s. a. a. O. S. 426, 427, wo auch die einzelnen Mitglieder namentlich angeführt sind.

[4]) Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen nebst allgemeinen Motiven und Inhaltsverzeichniß 1860. (Der Entwurf, 2653 Paragraphen umfassend, füllt S. 1—422, die Motive S. 423—484, das „Inhaltsverzeichniß" [ein alphabetisches Register] S. 485—549). — Spezielle Motiven (sic!) und Publikationsverordnung zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen 1861 (S. 553—915 bilden die speziellen Motive, S. 916—921 als Publikationsverordnung). — An den Entwurf hat sich eine scharfe Kritik und heftige Polemik geknüpft. Namentlich Unger griff das Werk an, welches von Pöschmann vertheidigt wurde. Diese Streitigkeiten bieten gegenwärtig kein Interesse mehr.

[5]) Entwurf ꝛc. (s. Anm. 4) S. 474 ff.

[6]) S. a. a. O. S. 427 ff.

Digitized by Google

Begrenzung der Aufgabe gegenüber den Sonderrechten,[7]) von den allgemeinen Grundsätzen für die Redaktion eines Civilgesetzbuches,[8]) sondern es gilt vor allem von der entschiedenen Stellungnahme zu der Kodifikationsfrage überhaupt. Die Motive zum Sächsischen bürgerlichen Gesetzbuche enthalten die folgende vernichtende Kritik der Erfahrung über den schönen Savignyschen Traum von einer durch die Wissenschaft zu erreichenden Rechtseinheit (s. oben § 5 S. 14 f.):

> „Somit ist Thatsache, daß die historische Richtung der Rechtswissenschaft das römische Recht nicht bloß bei den Nichtjuristen, sondern auch bei einem großen Theile der praktischen Juristen unbeliebt gemacht hat. Man sieht es für ein Mißgeschick an, daß, während die Rechtswissenschaft bloß dann fortschreiten kann, wenn sie in allen Theilen gleichmäßig bearbeitet wird, seit länger als einem Menschenalter die besten Talente sich bloß mit der historischen Erforschung des römischen Rechtes beschäftigt haben. Man findet die Ergebnisse der Wissenschaft auch in dieser beschränkten Richtung, im Verhältnisse zu dem herbeigeschafften gelehrten Apparate, auf jeden Fall für das praktische Recht nur sehr geringfügig, weil sie bloß darin bestehen, daß einigen wenigen Rechtssätzen, welche als römische gegolten haben, der römische Ursprung und die ihnen deshalb zugeschriebene Anwendbarkeit nicht zukommt, während dabei ganz dahingestellt bleibt, ob diese Sätze nicht auch ohnedem gerechtfertigt werden können und namentlich in unser Rechtsbewußtsein übergegangen sind."[9])

So sei ein Zwiespalt zwischen Theorie und Praxis entstanden, die Ungewißheit im Recht vermehrt, das letztere ausschließliches Eigenthum der Gelehrten geworden.[10])

Es soll nicht verkannt werden, daß in dieser Richtung heutzutage manches besser geworden sein mag, immerhin bilden die mitgetheilten Worte auch gegenwärtig noch eine Mahnung gegen die Ueberschätzung der Wissenschaft und gegen eine einseitige Betonung von deren Interessen bei Lösung kodifikatorischer Aufgaben.

Die Stände nahmen eine Anzahl Abänderungen an dem Entwurfe an, ertheilten unter der Voraussetzung der Berücksichtigung ihrer

---

[7]) S. a. a. O. S. 452 ff.
[8]) S. a. a. O. S. 483 f.
[9]) S. a. a. O. S. 467 f.
[10]) S. a. a. O. S. 468—470.

Digitized by Google

Vorschläge demselben ihre Zustimmung und ermächtigten die Regierung zu einer Schlußredaktion. Nachdem diese erfolgt war, wurde das Gesetzbuch durch Verordnung vom 2. Januar 1863[11]) mit der Ermächtigung für den Justizminister publizirt, den Zeitpunkt des Inkrafttretens seinerseits zu bestimmen, jedoch so, daß zwischen der Publikation und diesem Zeitpunkte wenigstens ein Jahr inneliegen müsse. Das Justizministerium setzte demgemäß das Inkrafttreten durch Verordnung vom 9. Januar 1865[12]) auf den 1. März 1865 fest.

Die Thüringischen Staaten und Anhalt nahmen den Entwurf, an dessen Ausarbeitung sie mitbetheiligt gewesen, nicht an.[13])

Das Gesetzbuch besteht aus 2620 Paragraphen, welche in folgender Weise auf die fünf Theile entfallen:

I. Theil. Allgemeine Bestimmungen §§ 1—185.
II. Theil. Das Sachenrecht §§ 186—661.
III. Theil. Das Recht der Forderungen §§ 662—1567.
IV. Theil. Das Familien- und Verwandtschaftsrecht §§ 1568 bis 1998.
V. Theil. Das Erbschaftsrecht §§ 1999—2620.

Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen nimmt insofern, im Vergleiche zu den anderen Kodifikationsarbeiten, ein besonderes Interesse in Anspruch, als es das einzige dieser Werke ist, welches Gesetzeskraft erlangt hat. Inwieweit etwa sachliche Vorzüge gerade dieses Gesetzbuches dieses ausnahmsweise günstige Ergebniß veranlaßt haben, braucht nicht untersucht zu werden. Schon allein der Umstand, daß es für ein eng begrenztes Rechtsgebiet mit vielfach eigenthümlicher, aber gleichartiger Rechtsentwickelung bestimmt war, daß es im wesentlichen nichts Neues schaffen, sondern Bestehendes feststellen wollte,[14]) genügt, um den Erfolg zu erklären. Aber auch hier bleibt das Scheitern der Ausdehnung auf Thüringen und Anhalt ein Fingerzeig dafür, daß nicht Unfähigkeit und Ungeschick allein, sondern daß innere Gründe die, von Sachsen abgesehen, vollständige Unfruchtbarkeit aller auf Kodifikation des Privatrechtes gerichteten Bestrebungen zur Folge hatten.

---

[11]) Sächsisches Gesetz- u Verordn.-Bl. 1863 S. 1.

[12]) Sächsisches Gesetz- u. Verordn.-Bl. 1865 S. 1.

[13]) Nach Grützmann (s. Anm. 1) S. 10 in Folge der ungünstigen Beurtheilung, welche der Entwurf seitens des damaligen Vizepräsidenten des Appellationsgerichts in Altenburg, von Wagner, in den Blättern für Rechtspflege in Thüringen u. Anhalt Bd. 14 S. 65 ff.; 129 ff.; 209 ff. gefunden hat.

[14]) S. das Gutachten der sog. Vorkommission (§ 17) bei Gruchot Beitr. z. Erläut. d. deutsch. R. Bd. 21 S. 177.

Digitized by Google

d) Großherzogthum Hessen.

§ 14.

Auch im Großherzogthum Hessen war durch die Verfassungs-Urkunde[1]) vorgeschrieben, daß für das ganze Großherzogthum ein bürgerliches Gesetzbuch eingeführt werden solle. In Erfüllung dieser Bestimmung wurden stückweise Theile eines Entwurfes veröffentlicht, „um bei den demnächstigen definitiven Entschließungen die inzwischen laut gewordenen Ansichten der in- und ausländischen Männer vom Fach benutzen zu können", und zwar

1. das Personenrecht (65 Artikel) am 26. Oktober 1841;
2. der Titel von den Vermögensgegenständen und deren Eintheilung, von dem Besitze, von dem Eigenthum, von den Dienstbarkeiten, von der Verjährung und Ersitzung (58 Artikel) am 22. Oktober 1845;
3. das Erbrecht (363 Artikel) an demselben Tage;
4. das erste Buch des Obligationenrechtes (365 Artikel) am 16. Februar 1853;
5. das zweite Buch des Obligationenrechtes (685 Artikel) am 16. August 1853.

Die Theilentwürfe zu 1. bis 3. sind bei der Veröffentlichung als „eine Arbeit des Redaktors beziehungsweise der zur Begutachtung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Großherzogthum Hessen niedergesetzten Kommission" bezeichnet. Jedem Theile sind eingehende Motive beigegeben.

Die Einleitung zu den Motiven des ersten Theiles beruft sich für das Verfahren einer stückweisen Berathung der Vorlage auf die Vorgänge Frankreichs und Hollands; die Theilentwürfe sollten nur vorläufig berathen und angenommen, nicht aber schon jetzt als Gesetze publizirt werden. Der allgemeine Theil sollte erst nach Annahme der einzelnen Stücke als Schlußarbeit entworfen merden.

Die einzelnen Theile sollten, nachdem sie der öffentlichen Kritik freigestanden hatten, von der Regierung nochmals überarbeitet werden. Dies ist indessen nur bezüglich des ersten Theiles geschehen.[2]) Derselbe ist demnächst zwar von den Ständen angenommen, aber nicht publizirt worden.[3])

---

[1]) Tit. X. Art. 103.

[2]) Der den Ständen vorgelegte Entwurf führt den Titel „Entwurf der ersten Abtheilung des bürgerlichen Gesetzbuches für das Großherzogthum Hessen",

Digitized by Google

V.

Die Zuständigkeit des Norddeutschen Bundes und des Deutschen Reiches zu privatrechtlicher Gesetzgebung.

1. Der Norddeutsche Bund.

§ 15.

Der Bundesbeschluß vom 14. Juni 1866 hatte die bisherige staatsrechtliche Form einer Einigung aller deutschen Staaten zertrümmert — zu derselben Zeit, als der sog. Dresdener Entwurf (vergl. § 10) durch die Veröffentlichung der Kritik der deutschen Rechtswissenschaft unterbreitet wurde. Es war eine nothwendige Folge der politischen Ereignisse, daß dieser, ohne Preußens Mitwirkung zu Stande gekommene Entwurf mit dem Bunde seine Bedeutung als eine Grundlage für die Rechtseinigung Deutschlands verlor.[1]) Bei der staatlichen Neubildung, die in Deutschland sich vollzog, erschien es zunächst zweifelhaft, ob die Reform und Kodifikation des Privatrechtes zu den nationalen Aufgaben der neuen staatsrechtlichen Schöpfung gehören solle, welche an die Stelle des Deutschen Bundes trat, oder ob die Einzelstaaten ihre bis dahin erfolglosen Bestrebungen zur Lösung jener Aufgabe fortzusetzen haben würden.

Daß Oesterreich hierfür nicht ferner in Betracht kam, war eine nothwendige Folge seines Ausscheidens aus einer engeren politischen Gemeinschaft mit den übrigen Gliedern des Deutschen Bundes. So lange das „engere Bundesverhältniß", wie es Art. 4 des Prager Friedens vom 23. August 1866 zuließ, sich zufolge eben dieser Bestimmung auf die Staaten nördlich der Mainlinie beschränkte, und da andererseits der für die Südstaaten in Aussicht genommene „Verein"

Darmstadt 1844 und enthält 67 Artikel. Auch hierzu ist ein besonderer Band Motive veröffentlicht. Dem Entwurf ist vorgedruckt (S. 3—17) der „Vortrag des Großherzoglichen Regierungs-Kommissars, Ministerialraths Dr. Breidenbach bei Uebergabe des Entwurfes der ersten Abtheilung des neuen bürgerlichen Gesetzbuches für das Großherzogthum an die von beiden Kammern der Stände zur Begutachtung dieses Entwurfes gewählten Ausschüsse", welcher einige Mittheilungen über die Entstehungsgeschichte enthält.

[3]) Küchler, Gesetzgebung des Großherzogthums Hessen, S. 85.

[1]) Eine eigenthümliche Bedeutung, welche jener Entwurf noch für die Berathungen des jetzt vorliegenden Entwurfes erlangen sollte, wird unten (§§ 20, 21) zu erwähnen sein.

Digitized by Google

nicht zu Stande kam, stand das Problem zunächst nur für die zum Norddeutschen Bunde vereinigten Staaten in Frage. Erst mit der Gründung des Deutschen Reiches im Jahre 1871 gewann die Frage der Schaffung eines einheitlichen Civilrechtes auch für Süddeutschland Bedeutung.

Der von den verbündeten Regierungen dem konstituirenden Reichstage am 4. März 1867 vorgelegte „Entwurf einer Verfassung des Norddeutschen Bundes" überwies in Art. 4 Nr. 13 der Gesetzgebung des Bundes nur

> „die gemeinsame Civilprozeßordnung und das gemeinsame Konkursverfahren, Wechsel- und Handelsrecht".

Hierzu waren Abänderungsanträge gestellt

1. von Miquél[2]): jene Nummer zu fassen:
   „die gemeinsame Gesetzgebung über das bürgerliche Recht, das Strafrecht und das gerichtliche Verfahren";
2. von Lasker[3]): der Nr. 13 die Fassung zu geben:
   „die gemeinsame Gesetzgebung über das Obligationenrecht, das Strafrecht, Handels- und Wechselrecht, und das gerichtliche Verfahren";
3. von Schwarze[4]): hinter den Worten „Wechsel- und Handelsrecht" hinzuzufügen das Wort „Obligationsrecht" (sic!).

Es ist zu beachten, daß diese sämmtlichen Anträge, ebenso wie der Verfassungsentwurf selbst, nur eine Festsetzung der Bundeszuständigkeit für jene Rechtsgebiete verlangten; die Frage, ob die durch eine solche Festsetzung dem Bunde erwachsende weitere oder engere Aufgabe im Wege der Kodifikation oder der Einzelgesetzgebung zu lösen sei, blieb unberührt. Sie hat aber in den parlamentarischen Erörterungen eine wichtige Rolle gespielt.

Am 20. März 1867 fand die Berathung über jene Anträge statt.[5]) Zuerst kam Lasker zum Worte. Er begründete seine Ansicht, daß die Gemeinsamkeit des bürgerlichen Rechtes über das Obligationenrecht nicht hinauszugehen habe, in folgender Weise:

> „Das Civilrecht enthält außer dem Obligatiorenrecht die Materien: Sachenrecht, Personenrecht und Erbrecht. In keiner dieser drei Materien liegt die Nothwendigkeit einer

---

[2]) Druckf. d. konstituirenden Reichstages Nr. 29 (Anl. zu den Sten. Ber. S. 49).

[3]) Druckf. Nr. 16 ad 4; angef. Anl. S. 40.

[4]) Sten. Ber. S. 291.

[5]) Sten. Ber. S. 284—292.

Digitized by Google

gemeinschaftlichen Gesetzgebung so klar zu Tage, wie beim Obligationenrecht; theilweise sogar müssen diese Materien der Provinzialgesetzgebung vorbehalten werden, wie beispielsweise das Erbrecht in erster Linie, sodann das Personenrecht, da deren Regeln nach Provinzen sich verschieden zu gestalten pflegen, wie das eheliche Güterrecht und verschiedene andere Rechtsinstitute. Das Obligationenrecht hat bei weitem mehr die Merkmale einer gemeinsamen Rechtsmaterie, ja sogar es ist nothwendig, daß wir jetzt ein gemeinsames Obligationenrecht haben, nachdem das Handels- und Wechselrecht schon gemeines deutsches Recht geworden ist."[6])

Das Bedenken, es sei unmöglich, das Obligationenrecht auszuscheiden, gab Lasker zu; es werde indessen nach dem Vorbilde des Dresdener Entwurfes zu unterscheiden sein, inwiefern einzelne andere Materien in das Obligationenrecht hineingezogen werden müssen.

Miquél suchte zunächst die Einwendungen zu widerlegen, daß eine übermäßige Centralisirung eintreten und die provinzielle Rechtsentwickelung gefährdet werde. Dann aber betonte er vor allem den politischen Standpunkt:

„Ich halte es nicht für nothwendig, Ihnen den Nachweis zu erbringen, daß das Streben nach einer Rechtseinheit eine nothwendige Voraussetzung eines nationalen Staates ist. Eine Rechtseinheit mag nicht nothwendig die Bedingung der Begründung eines solchen Staates sein; die Aufgabe aber sich zu stellen, die Rechtseinheit zu begründen, das ist ganz unbedingt nothwendig, wenn man an die Gründung eines neuen nationalen Staates geht. Wir dürfen daher nicht davor zurückschrecken, diese Aufgabe zur Kompetenz des Bundes zu rechnen, sonst negiren wir den Zweck, dem der Bund dienen soll."

---

[6]) Bei späterem Anlaß (in der Sitzung des Norddeutschen Reichstages vom 28. April 1869, Sten. Ber. S. 652) hat Lasker, befragt, wie seine spätere Befürwortung einer unbeschränkten Civilgesetzgebungs-Kompetenz des Bundes sich mit dem Standpunkte der im Text wiedergegebenen Rede vereinigen lasse, erklärt, er sei materiell für den Inhalt des Miquélschen Antrages gewesen; „nur hat es die Politik im konstituirenden Reichstage nöthig gemacht, daß wir bei den Abänderungen, welche uns am Herzen lagen, immer einen Antrag in Reserve hatten, damit wir, wenn der weitergehende Antrag abgelehnt wurde, auch das Geringere erreichten; und bei der Aufgabe, die wir unter uns vertheilt hatten, fiel es dem Herrn Abgeordneten Miquél zu, den ganzen und vollen Antrag einzubringen, und mir, den beschränkteren Weg zu vertreten."

Digitized by Google

Die Schonung provinzieller Eigenthümlichkeiten sei nothwendig, aber andererseits

> „darf man auch nicht alles, was in der Nation als Besonderes und Eigenthümliches sich vorfindet, schon deshalb schonen wollen, weil es einmal als eine Verschiedenheit vorhanden ist".

Die Schöpfung eines gemeinsamen Civilgesetzbuches wurde nur als Möglichkeit angedeutet, sie sei nicht von heute auf morgen nöthig.

Bestimmteren Ausdruck fand aber der Gedanke eines einheitlichen bürgerlichen Gesetzbuches in dem Munde der beiden Redner, welche allein, und zwar als Freunde des Miquélschen Antrages, in der im übrigen unbedeutenden Debatte sich hervorhoben — in dem Munde der großen Leipziger Rechtslehrer von Wächter und von Gerber. Die Unterstützung derselben wiegt um so schwerer, als beide nichts weniger als centralistischen Gedanken geneigt waren, ja Wächter schließlich gegen die Bundesverfassung stimmte.[7]) Wächter sagte:

> „Ich glaube, wir könnten wohl es wenigstens als eine zulässige Aufgabe der Zukunft hinstellen, überhaupt ein gemeinsames bürgerliches Gesetzbuch für den ganzen Norddeutschen Bund und für diejenigen deutschen Staaten, die wir hoffentlich noch zu unserem Bunde heranziehen werden, zu schaffen. Es wird dabei allerdings — und das bevorworte ich — manches für ein Partikularrecht übrig bleiben müssen; Sie werden für die ehelichen Güterverhältnisse einen sehr freien Raum für Partikularrechte einräumen müssen; Sie werden für manche Grundeigenthumsverhältnisse auch manches Partikularistische zulassen müssen; aber warum soll man sich nicht im übrigen, namentlich für das Allgemeine, das Maßgebende, für das Wichtigste bei jedem Recht, für die allgemeinen Prinzipien, zu einem gemeinsamen Kodex vereinigen können? Und deshalb, meine Herren, möchte ich Sie bitten, streichen Sie uns nicht jenes Ziel aus den Bestrebungen der Zukunft für den Norddeutschen Bund aus, sondern lassen Sie es."

Freilich sah er die Erreichung dieses Zieles noch nicht als eine Aufgabe der nächsten Zukunft an; es sei zunächst noch auf anderen Gebieten zu thun.

Gerber hingegen lehnte eine alsbaldige Gesammtkodifikation des bürgerlichen Rechtes geradezu ab. Nur allmählich könne man vorgehen:

---

[7]) Sten. Ber. S. 729.

Digitized by Google

„Ueberall, wo im Privatrecht bei einem einzelnen Gebiete des wirthschaftlichen oder des gesellschaftlichen Lebens oder sonstiger auf das Privatrecht wirkender Interessen das Bedürfniß auftritt, etwas Gemeinsames zu schaffen, da sollte unsere Bundesgewalt einschreiten. So kommen wir allmählich auf einem äußerst naturgemäßen Wege zu einem einheitlichen Rechte und unsere deutsche Jurisprudenz ist in der Lage, stückweise den Boden zu erobern und stückweise das Material vorzubereiten. Sprechen wir es aber wirklich aus, daß unsere Bundesgewalt hierzu ermächtigt ist. Ich glaube, wenn wir dieses aussprechen, dann geben Sie den deutschen Juristen den Muth zurück, der ihnen zum Theil schon entschwunden war."

Die Abstimmung über die Worte „das bürgerliche Recht" blieb zweifelhaft; bei der Gegenprobe erst wurde die Ablehnung konstatirt, demnächst der Antrag Lasker angenommen und in dieser Fassung Art. 4 Nr. 13 der Norddeutschen Bundesverfassung publizirt.[8])

Im Jahre 1869 erschien der Antrag Miquél — diesmal von Lasker mitgestellt — wieder im Reichstage des Norddeutschen Bundes. Es wurde beantragt, im Wege der Verfassungsänderung dem Art. 4 Nr. 13 der Bundesverfassung folgenden Wortlaut zu geben:

„die gemeinsame Gesetzgebung über das gesammte bürgerliche Recht, das Strafrecht und das gerichtliche Verfahren, einschließlich der Gerichtsorganisation".[9])

In drei Berathungen, und zwar in den Sitzungen vom 19., 28. April und 5. Mai 1869[10]), wurde der Antrag Gegenstand eingehender Debatten. Im Vordergrunde derselben stand die staatsrechtliche Frage der „Kompetenz-Kompetenz" — die Frage, ob der Norddeutsche Bund befugt sei, im Wege der Verfassungsänderung gemäß Art. 78 der Bundesverfassung seine eigene Zuständigkeit zu erweitern.[11]) Gegenüber der Bejahung, welche diese Frage in nunmehr zwanzigjähriger Staats-

---

[8]) Publikandum des Bundespräsidiums v. 26. Juli 1867 (B.G.Bl. S. 1).

[9]) Druckf. Nr. 52 (Anlage zu den Sten. Ber. S. 175). Eine formale Ergänzung des Antrages bezüglich der Eingangsformel s. Sten. Ber. S. 648.

[10]) Sten. Ber. S. 445—470; 647—654; 833—835.

[11]) S. die Aeußerungen der Abgeordneten Wagener (Neustettin) Sten. Ber. S. 449; Dr. Friedenthal S. 150; von Zehmen S. 453; Schulze S. 456; Windthorst S. 457; Braun (Wiesbaden) S. 460; Lasker S. 467; Bähr S. 647; Graf von Bassewitz S. 648; Planck S. 649; Ackermann S. 651; Lasker S. 653.

Digitized by Google

praxis gefunden hat, erregen jene Ausführungen heute nur noch ein geschichtliches Interesse.

Mit richtigem Scharfblicke erkannte der bedeutendste Gegner des Antrages, der Abg. Windthorst, die Unklarheit, welche bei der Diskussion darüber herrschte, ob man nur eine Bundeskompetenz für civilrechtliche Einzelgesetze oder die Schaffung eines einheitlichen Civilgesetzbuches wolle.[12]) Der Antragsteller Miquél selbst überwies die Ausarbeitung eines gemeinsamen Civilgesetzbuches der Zukunft, Bähr schloß sich ihm hierin an.[13]) Zweifelnd verhielt sich der Kodifikationsfrage gegenüber Braun (Wiesbaden),[14]) während Friedenthal, Schulze, Planck den Gedanken an ein gemeinsames Civilgesetzbuch sogar ablehnten.[15])

Die Diskussion wurde daher hauptsächlich von dem Gesichtspunkte der Möglichkeit und Räthlichkeit civilrechtlicher Einzelgesetze beherrscht. Man machte für die Verfassungsänderung geltend: die nationale Einheit; die nothwendige Abschleifung des Partikularismus durch die Schaffung gemeinsamer Civilgesetze für das Reich; die in Preußen thatsächlich erwiesene Möglichkeit, für Gebiete verschiedenen Rechtes Theile des Civilrechtes (Immobiliarsachenrecht, Erbbescheinigung u. s. w.) gleichmäßig zu regeln; die Schwierigkeit einer Ausscheidung des Obligationenrechtes. Die Gegner des Antrages beriefen sich auf die Unmöglichkeit, wesentliche Theile des Civilrechtes (Erbrecht, Familienrecht, bäuerliche Verhältnisse) einheitlich zu regeln; auf die Größe der Aufgabe, ein Civilgesetzbuch zu schaffen; auf den Zusammenhang des Rechtes mit dem Volksleben, der bewirke, daß es nicht künstlich geschaffen werden könne; auf die Erschwerung des Eintrittes der süddeutschen Staaten durch die Ausdehnung der Bundeskompetenz auf das bürgerliche Recht; auch die Erhaltung des Sächsischen Civilgesetzbuches (s. § 13) wurde von einem sächsischen Redner als Grund gegen die Erweiterung der nationalen Aufgaben unverhohlen ins Feld geführt. Gegenüber der prinzipiellen Abwehr des aus dem Antrage folgenden Eingriffes in die Rechte der Einzelstaaten wies Miquél treffend darauf hin, daß den kleineren Einzelstaaten die Kraft zur Schaffung eigener Civilgesetzbücher fehle, und daß daher vielmehr die Gefahr nahe liege, daß Preußen schöpferisch vorgehe und den anderen Staaten nur übrig bleibe, das Werk Preußens anzunehmen.

---

[12]) Sten. Ber. S. 459.
[13]) Sten. Ber. S. 447, 647.
[14]) S. a. a. O. S. 462.
[15]) S. a. a. O. S. 452, 456, 650.

Digitized by Google

Vom Bundesrathstische erklärte Delbrück[16]) nur, der Antrag sei im Bundesrathe noch nicht berathen worden.

Das Ergebniß der Abstimmungen bei der zweiten und dritten Berathung war Annahme mit großer, beziehungsweise mit sehr großer Majorität.[17])

Im Herbste desselben Jahres suchten die gleichen Antragsteller, Miquél und Lasker, das Gewicht des preußischen Abgeordnetenhauses für die von ihnen erstrebte Einheit des Civilrechtes zu gewinnen durch den Antrag[18]):

Das Haus der Abgeordneten wolle beschließen:

die Königliche Staatsregierung aufzufordern, ihren ganzen Einfluß geltend zu machen, daß im Wege der Bundesgesetzgebung die Kompetenz des Norddeutschen Bundes auf das gesammte bürgerliche Recht ausgedehnt werde.

Begründet wurde der Antrag mit folgenden „Motiven":

1. Die Rechtseinheit für den Norddeutschen Bund wird in Betreff des gesammten bürgerlichen Rechtes als ein dringendes Bedürfniß gefühlt.
2. Der Norddeutsche Bund allein ist durch seine Gesetzgebung die Kompetenz zu regeln berechtigt, und dies zu thun nicht behindert.
3. Der Reichstag hat die Ausdehnung der Kompetenz über das gesammte bürgerliche Recht bereits beschlossen. Die Zustimmung des Bundesrathes ist jedoch bis jetzt noch nicht erfolgt, während anscheinend im Zusammenhange hiermit mehrere für die Bundesgemeinsamkeit sich eignende Angelegenheiten des bürgerlichen Rechtes dem Preußischen Landtage zur Regelung für das Gebiet Preußens vorgelegt sind.[19]

---

[16]) S. a. a. O. S. 462.

[17]) S. a. a. O. S. 654, 835.

[18]) Druckf. d. Abgeordnetenhauses 1869/70 Nr. 32, Sten. Ber. Anl. Bd. 1 S. 275.

[19]) Gemeint sind (vgl. die Aeußerung Miquéls, Sten. Ber. S. 723) die Entwürfe eines Gesetzes über das Alter der Großjährigkeit; eines Gesetzes, betreffend die Aufhebung der besonderen bei Interzessionen der Frauen geltenden Vorschriften; eines Gesetzes über den Eigenthumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke und selbständigen Gerechtigkeiten; endlich der Entwurf einer Grundbuchordnung (Druckf. d. preuß. Abgeordnetenhauses 1869/70 Nr. 20, 21, 23, 24 — Anlagen d. Sten. Ber. Bd. 1 S. 178, 179, 191, 226).

Digitized by Google

Nachdem in der Sitzung vom 6. Oktober 1869[20]) beschlossen war, in die Vorberathung des Antrages einzutreten, fand diese am 24. November 1869,[21]) die Schlußberathung am 10. Dezember 1869[22]) statt. Beide endeten mit Annahme des Antrages, bei der ersteren in namentlicher Abstimmung mit 218 gegen 116 Stimmen, bei der letzteren „mit erheblicher Majorität".

Die Gesichtspunkte, welche von den Vertheidigern wie von den Gegnern des Antrages geltend gemacht wurden, waren im Allgemeinen dieselben, welche im Reichstage zur Sprache gebracht waren.[23]) Naturgemäß nahm bei der Debatte in der Landesvertretung eines einzelnen Bundesstaates die Streitfrage der „Kompetenz-Kompetenz" (vgl. S. 37 f.) besonders breiten Raum ein. Der preußische Justizminister Dr. Leonhardt bezeichnete die Herstellung der Rechtseinheit, auch auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechtes, als ein „mit allen Kräften zu erstrebendes großes nationales Gut"; die Herstellung eines bürgerlichen Gesetzbuches für den ganzen Umfang der Monarchie, und wenn es sein könne, für Norddeutschland, sei keine Aufgabe, vor welcher er zurückscheute, obwohl er die Größe und die Schwierigkeit dieser Aufgabe nicht verkenne. Indessen äußerte er den Wunsch, daß der Antrag nicht an die preußische Regierung gelangen möge, weil es sich nicht empfehle, daß die Landesvertretungen der Einzelstaaten sich in dieser Gestalt in die Bundesgesetzgebung einmischen.[24])

2. Das Deutsche Reich.

§ 16.

Das Jahr 1870 unterbrach zunächst die Bestrebungen der Freunde deutscher Civilrechtseinheit. Die Neuredaktion der Reichsverfassung vom 16. April 1871[1]) bot zu einer Erweiterung des Art. 4 Nr. 13 keinen Raum, da sie zu materiellen Aenderungen nicht bestimmt war. Dagegen erschien der Antrag auf eine bezügliche Erweiterung der Reichszuständigkeit im Reichstage immer aufs neue unter dem Namen Laskers,

[20]) Sten. Ber. S. 89.

[21]) S. a. a. O. S. 720—742.

[22]) S. a. a. O. S. 1091—1098. So auch Druckf. Nr. 143; Anl. S. 714.

[23]) Neu ist der Hinweis des Abg. Achenbach auf die inzwischen erfolgte Schaffung des Reichsoberhandelsgerichtes: ein oberster Gerichtshof könne auf die Dauer nur Vertrauen genießen, wenn durch Herstellung der Einheit des materiellen Rechtes eine Grundlage geschaffen sei, auf Grund deren der Gerichtshof wirksam thätig sein könne. (Sten. Ber. S. 731 f.)

[24]) S. a. a. O. S. 724 f., 729.

[1]) R.-G.-Bl. S. 63.

Digitized by Google

1871[2]) in derselben Form wie 1869 (s. oben S. 37), 1872[3]) und 1873[4]) unter Weglassung der Worte „einschließlich der Gerichtsorganisation".[5]) Das Ergebniß der Berathungen war stets Annahme des Antrages mit „großer" oder „überwiegender" Mehrheit.

Neue Gründe für oder gegen die Ausdehnung der Reichszuständigkeit auf das gesammte bürgerliche Recht außer den bereits bei den früheren Berathungen geltend gemachten Gesichtspunkten sind in den längeren Diskussionen kaum vorgebracht worden. Ganz unabhängig von der Stellung der einzelnen Abgeordneten zu dem Antrage, um den es sich handelte, ist ihre Ansicht über die Inangriffnahme eines einheitlichen Civilgesetzbuches. Während Miquél, Lasker und Braun civilrechtliche Einzelgesetze und daneben die Inaussichtnahme des Gesetzbuches erstreben,[6]) sind Andere — wie insbesondere Schwarze[7]) — für den Antrag, aber gegen

---

[2]) S. Verh. d. R.-T. 1871 II. Sess., Druckf. Nr. 29 (Anl. z. d. Sten. Ber. S. 71); Sitzungen vom 9. u. 15. Nov. 1871 (Sten. Ber. S. 206—223; 276—290).

[3]) S. Verh. d. R.-T. 1872, Druckf. Nr. 63 (Anl. z. d. Sten. Ber. S. 260); Sitzungen vom 29. Mai u. 5. Juni 1872 (Sten. Ber. S. 596—632; 726).

[4]) S. Verh. d. R.-T. 1. Legisl.-Per. II. Sess. 1873, Druckf. Nr. 19 (Anl. z. d. Sten. Ber. S. 138). Sitzungen vom 2. u. 3. April 1873 (Sten. Ber. S. 167 bis 182; 210).

[5]) Ueber die Gründe dieser Weglassung, welche die Zuständigkeit für das bürgerliche Recht nicht betreffen, s. Sten. Ber. 1872 S. 596 (Lasker), 601 (von Faeustle).

[6]) Sten. Ber. 1872 S. 597 f.; 606, 623, 630.

[7]) Sten. Ber. 1871 S. 218. — Bemerkenswerth sind die Worte, mit welchen Schwarze die Aenderung seiner früheren, der Tendenz des Antrages abgeneigten Stellung rechtfertigte (s. a. a. O. S. 217): „Ich habe nachträglich durch die Erfahrungen in der Theilnahme an den Arbeiten dieses Hauses mich überzeugt, daß wir mit der Beschränkung, die die Verfassung uns auferlegt, eine Beschränkung einer gedeihlichen und fruchtreichen Thätigkeit in der Reichsgesetzgebung beseitigen. Ich habe mich ferner überzeugt durch die weiteren Betrachtungen, die ich in Folge dieser Erfahrung in diesem Hause gemacht habe, daß das Bedürfniß einer gemeinsamen Gesetzgebung in der That ein größeres und weitgreifenderes ist, als ich damals bei der früheren Besprechung des Antrages in diesem Hause annehmen zu müssen geglaubt habe ... — Ich habe ferner gefunden, daß die Strömung unserer ganzen Entwickelung, wie sie durch die Verfassung des Reiches und wie sie insbesondere durch unser Zusammenleben und Zusammenwirken entstanden ist, eine weitere Kompetenz nothwendig erheischt ... Ich glaube, wir dürfen nicht sagen, das ist partikularrechtlich besser, und jenes nicht. Wir müssen doch anerkennen, da wir auf einem gemeinsamen Rechtsboden im praktischen Leben stehen, daß das, was den Einen in seinem Rechtsleben schädigt, Anderen auch Anlaß geben kann dazu, daß eine gemeinsame Gesetzgebung in der betreffenden Materie Abhilfe gewährt.

Digitized by Google

ein einheitliches bürgerliches Gesetzbuch. Der gewichtigste Gegner des Antrages, Windthorst, sah sich schließlich selbst zu dem Ausspruche gedrängt: man könne ein bestimmtes bürgerliches Gesetzbuch vielleicht annehmen,[8]) oder später noch entschiedener: er werde glücklich sein, wenn es ihm beschieden sein sollte, einen gut gearbeiteten Kodex für das bürgerliche Recht Deutschlands zu erhalten;[9]) nur gegen die durch den Antrag geschaffene Möglichkeit beliebiger civilrechtlicher Einzelgesetze müsse er sich erklären.

Das Hauptinteresse der Reichstagsverhandlungen über den Antrag Lasker in den drei erwähnten Sessionen liegt in der Haltung der verbündeten Regierungen. Im Jahre 1871 verhielten sich deren Vertreter schweigend. Noch vor der nächsten Verhandlung hatte die Sächsische Kammer der Abgeordneten am 23. Februar 1872 die Erwartung ausgesprochen, daß die Königl. Staatsregierung durch die sächsischen Bundeskommissare zu der Ausdehnung der Reichskompetenz auf die Erlassung eines allgemeinen Gesetzbuches über das Privatrecht im Bundesrathe sich zustimmend erklären werde.[10]) In der Reichstagssitzung vom 29. Mai 1872 ergriffen nacheinander die Vertreter Bayerns (Justizminister von Faeustle),[11]) Sachsens (Geh. Rath Held)[12]) und Württembergs (Minister von Mittnacht)[13]) das Wort. Der erstere wies auf die Schwierigkeiten der Aufgabe, namentlich in Betreff der Scheidung des gemeinsamen und des partikularen Rechtes hin, während er anerkannte, daß der Antrag in seiner Tendenz auf Ermöglichung einer gemeinsamen deutschen Gesetzgebung viel innere Berechtigung habe. Würde man ein fertiges Civilgesetzbuch vorbringen, so würde die bayerische Regierung sich einer eingehenden Würdigung desselben nicht entziehen. Aber zur Zeit vermöge er eine Zusicherung nicht zu geben; er wünsche eine gedeihliche Fortentwickelung der Reichsverfassung auf föderativer Grundlage. Faeustle schloß mit dem Satze: „Aber es muß dies geschehen zum Wohle des Reiches wie der einzelnen Glieder, und die Regierung muß wissen, daß sie sich hierbei auch in Fühlung mit dem Volke befindet, dessen staatliche Vertretung ich in diesem Hause zur Zeit zu übernehmen berufen bin."

---

[8]) Sten. Ber. 1872 S. 619.

[9]) Sten. Ber. 1873 S. 170.

[10]) Hier angeführt nach Rassow in Gruchots Beiträgen Bd. 21 S. 174. S. auch die Erklärung des sächsischen Bundesrathsbevollmächtigten Held in den Sten. Ber. 1872 S. 605, 630.

[11]) Sten. Ber. 1872 S. 601, 614.

[12]) S. a. a. O. S. 605, 630.

[13]) S. a. a. O. S. 610, 628.

Digitized by Google

Die sächsische Erklärung gipfelte in dem Satze:

„Das Reichsinteresse wird jederzeit auch das Interesse des einzelnen Gliedes des Reiches sein, und wenn daher auf weiteren Gebieten des Reiches das Bedürfniß nach Herstellung eines gemeinschaftlichen Civilgesetzbuches hervortreten sollte, dann glaube ich in Aussicht stellen zu dürfen, daß die sächsische Regierung diesem Bedürfniß ein Hinderniß nicht in den Weg legen wird."

Der Bevollmächtigte Württembergs erkannte offen die Unmöglichkeit an, auf dem Wege der Partikulargesetzgebung zu großen Neuschöpfungen auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechtes zu gelangen; er sprach sich für Kodifikation und gegen Specialgesetze — vorbehaltlich einzelner Ausnahmen — aus, hielt aber den konkreten Antrag für nicht genügend klar und vorbereitet: „Bezüglich des Wesens der Sache, des Zieles, ihres Zweckes — so schloß er — befindet sich die Württembergische Regierung in einem prinzipiellen Gegensatze zu der Meinung des Reichstages nicht, und es ist unser aufrichtiger Wunsch, daß es uns gelingen möge, zu einer Verständigung mit den verbündeten Regierungen und dem Reichstage in dieser wichtigen Frage zu gelangen."

Die günstigen Hoffnungen, welche diese Erklärungen seitens der drei größten außerpreußischen Bundesstaaten, trotz aller an ihnen versuchten Deutungen, erweckt hatten, wurden dadurch bestärkt, daß am 30. Januar 1873 die württembergische Kammer der Abgeordneten einen ähnlichen Beschluß faßte, wie die entsprechende sächsische Körperschaft (s. oben S. 42).[14])

In der That brachte dann auch die nächste Session des Reichstages den entscheidenden Wendepunkt. In der Sitzung vom 2. April 1873 erklärte Minister Delbrück:[15])

„Meine Herren, der im vergangenen Jahre von Ihnen angenommene Antrag des Herrn Vorredners[16]) und seiner Genossen, welcher heute Ihnen wiederum zur Berathung vorliegt, ist im Bundesrathe wiederholt zum Gegenstande der Verhandlung geworden. Die bei diesen Verhandlungen hervorgetretenen Schwierigkeiten hatten im Laufe des Jahres einen Abschluß der Sache nicht gestattet. Gegenwärtig sind sie indessen so weit überwunden, daß die begründete Aussicht

[14]) Nach Rassow bei Gruchot, Beitr. S. 174.
[15]) Sten. Ber. 1873 S. 169.
[16]) D. i. des Abg. Lasker.

Digitized by Google

vorhanden ist, es werde die in einer so wichtigen Frage gewiß wünschenswerthe Einstimmigkeit, oder doch die verfassungsmäßige Stimmenmehrheit für die in Rede stehende Aenderung der Verfassung in naher Zeit erzielt werden.

Die verbündeten Regierungen beabsichtigen in diesem Falle, gleichzeitig mit der Verkündigung der Verfassungsänderung eine Kommission zu berufen zur Ausarbeitung des Entwurfes eines Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, indem sie davon ausgehen, daß die Einheit des bürgerlichen Rechtes in Deutschland der wesentlichste Zweck und das wesentlichste Ziel des vorliegenden Antrages ist."

Als nach dieser Erklärung der Antrag abermals angenommen worden war, fanden in Bayern am 8. November 1873 in der Kammer der Abgeordneten, am 4. Dezember 1873 in der Kammer der Reichsräthe wiederum parlamentarische Erörterungen der Frage statt, welche mit Beschlüssen zu Gunsten eines einheitlichen Civilgesetzbuches endeten.[17]) Am 20. Dezember 1873 erging das lang ersehnte Reichsgesetz (s. § 17).

Es erschien nicht überflüssig, bei den Verhandlungen über die Schaffung der Grundlage für den Entwurf eines Allgemeinen deutschen bürgerlichen Gesetzbuches so lange zu verweilen. Die Geschichte des Gesetzes vom 20. Dezember 1873 beweist, wie schwer es hielt, in Zeiten hocherregten Vaterlandsgefühles, unter den Eindrücken der Freude über das wiedererstandene Deutsche Reich sich auch nur über die grundsätzliche Frage der Nothwendigkeit oder Räthlichkeit eines gemeinsamen deutschen Civilgesetzbuches zu einigen. Es wird geboten sein, sich dieser Vorgänge zu erinnern, wenn man an die Arbeit einer Kritik des Entwurfes herantritt.

VI.

Das Gesetz vom 20. Dezember 1873 und die sogenannte Vorkommission.[1])

§ 17.

In der am 24. Dezember 1873 ausgegebenen Nr. 34 des Reichs-

---

[17]) S. Rassow a. a. O. S. 174. — Vgl. ebendaselbst S. 172 f. die treffenden Ausführungen des bayerischen Justizministers von Faeustle über die Unmöglichkeit einer Beschränkung der Civilgesetzgebung auf das Obligationenrecht.

[1]) Quellen der nachfolgenden Darstellung: Die Ausarbeitung des Entwurfes

Digitized by Google

Gesetzblattes von 1873 (S. 379) wurde endlich das so lange erstrebte Gesetz in folgender Fassung veröffentlicht[2]):

Gesetz, betreffend die Abänderung der Nr. 13 des Artikels 4 der Verfassung des Deutschen Reiches. Vom 20. Dezember 1873.

Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen ꝛc.

verordnen im Namen des Deutschen Reiches, nach erfolgter Zustimmung des Bundesraths und des Reichstages, was folgt:

Einziger Paragraph.

An die Stelle der Nr. 13 des Artikels 4 der Verfassung des Deutschen Reiches tritt die nachfolgende Bestimmung:

Die gemeinsame Gesetzgebung über das gesammte bürgerliche Recht, das Strafrecht und das gerichtliche Verfahren.

Urkundlich unter Unserer Höchsteigenhändigen Unterschrift und beigedrucktem Kaiserlichen Insiegel.

Gegeben Berlin, den 20. Dezember 1873.

(L. S.) Wilhelm.

Fürst v. Bismarck.

Der Bundesrath zögerte nicht, gemäß dem von seinem Vertreter Delbrück im Reichstage abgegebenen Versprechen (vgl. S. 43 f.) aus dieser dem deutschen Volke bescheerten Weihnachtsgabe seinerseits die Konsequenzen zu ziehen, welche die Umwandlung der bloßen Zusage, des Versprechens mit unbestimmter Erfüllungszeit, in die That bezweckten. Bei Annahme des erwähnten Gesetzes, am 12. Dezember 1873, ertheilte die Versammlung ihrem Ausschusse für Justizwesen den Auftrag, über die Einsetzung einer Kommission zur Aufstellung

---

eines bürgerlichen Gesetzbuches. Herausgegeben von der Redaktion des Deutschen Reichs- und Königlich Preußischen Staats-Anzeigers (Separat-Abdruck Nr. 5 aus dem Deutschen Reichs-Anzeiger 1877). Berlin 1877 S. 1—11; Rassow in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechtes Bd. 21 S. 174—215; Centralblatt für Rechtswissenschaft Bd. 7 S. 210, 211; Alexander-Katz, erläuternde Anmerkungen zu den Vorschriften des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Berlin 1888. S. 1—4.

[2]) Die Wirksamkeit dieses Gesetzes ist auf Elsaß-Lothringen, in welchem zur Zeit seines Erlasses die Reichsverfassung noch nicht in Kraft stand ausgedehnt, durch Nr. 6 des Ges. v. 8. Febr. 1875 (R.-G.-Bl. S. 69).

Digitized by Google

des Entwurfes eines Allgemeinen deutschen bürgerlichen Gesetzbuches und über die sonst zur Aufstellung des Entwurfes eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuches zu treffenden Einleitungen baldthunlichst Vorschläge zu machen.

Der Ausschuß beantragte unter dem 8. Februar 1874:

der Bundesrath wolle beschließen, fünf angesehene deutsche Juristen zu berufen, mit der Aufgabe über Plan und Methode, nach welchen bei Aufstellung des Entwurfes eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuches zu verfahren sei, gutachtliche Vorschläge zu machen.

Der Bundesrath beschloß am 28. Februar 1874 gemäß diesem Antrage und erwählte zugleich zu Mitgliedern dieser später sogenannten „Vorkommission":

1. den Reichsoberhandelsgerichtsrath (jetzigen Geheimen Justizrath und Professor der Rechte in Berlin) Goldschmidt;
2. den damaligen württembergischen Obertribunalsdirektor (späteren Senatspräsidenten bei dem Oberlandesgerichte) von Kübel in Stuttgart;
3. den damaligen Präsidenten des preußischen Appellationsgerichtes in Paderborn (später des Kammergerichtes in Berlin) Meyer;
4. den Präsidenten des bayerischen Oberappelationsgerichtes in München von Neumayr;
5. den Präsidenten des sächsischen Oberappellationsgerichtes (später des Oberlandesgerichtes) in Dresden von Weber.

An Stelle des Präsidenten Meyer, welcher bei Beginn der Berathungen erkrankte, trat in Folge Bundesrathsbeschlusses vom 19. Mai 1874 der Präsident des preußischen Appellationsgerichtes in Halberstadt (jetzige Staatssekretär des Reichs-Justizamtes) von Schelling.

Die Kommission trat am 18. März 1874 unter dem Vorsitze von Schellings zusammen und hielt im ganzen 14 Sitzungen. Das Ergebniß der Berathungen ist in einem dem Bundesrathe unter dem 15. April 1874 erstatteten Gutachten, welchem „Vorschläge" beigegeben sind, niedergelegt.[3]) Da die später (S. 58) zu erwähnende Beschlußfassung des Bundesrathes dies Gutachten im wesentlichen gebilligt hat, ja auf dasselbe ausdrücklich Bezug nimmt, so ist sein Inhalt für das Verständniß der Kommissionsarbeiten von größter Bedeutung. Er soll im Folgenden in der Art mitgetheilt werden, daß

[3]) Wörtlich abgedruckt in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 21 S. 175—195.

Digitized by Google

die einzelnen „Vorschläge" der Kommission wörtlich (mit gesperrter Schrift) abgedruckt werden und im Anschlusse hieran über die zur Begründung derselben dienenden Ausführungen des Gutachtens berichtet wird:

> I. Zur Ausarbeitung des Entwurfes eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuches in einer zur Vorlage an den Bundesrath und demnächstigen legislativen Behandlung geeigneten Gestalt wird von dem Bundesrath eine Kommission eingesetzt.

Damit war die grundlegende Frage, ob dem kollegialischen oder dem bureaukratischen Prinzipe bei Ausarbeitung des Entwurfes der Vorzug zu geben sei, im ersteren Sinne entschieden. Schon Thibaut (s. oben S. 12) hatte Kollegialberathung gefordert, Savigny (s. oben S. 15) sie für unmöglich erklärt. Die Vorkommission rechtfertigt ihren Vorschlag mit der Unerläßlichkeit „einer richtigen Verbindung von selbstständiger Einzelarbeit und zusammenfassender Gemeinarbeit". Es sei weder thunlich, die definitive, ja auch nur die erste Ausarbeitung des Gesammtentwurfes in die Hand eines einzigen Rechtsgelehrten mit bloßen Hülfsarbeitern zu legen, noch empfehle sich die Vertheilung der Arbeit an mehrere einzelne, unabhängig von einander vorgehende Redaktoren.

> „Bietet der erste Weg den allerdings sehr erheblichen Vortheil einheitlicher Denk- und Sprachweise, so würde es doch, sogar unter der kaum zutreffenden Voraussetzung, daß ein einziger Rechtsgelehrter den gesammten Rechtsstoff in allen Theilen gleichmäßig beherrsche, mehr als gewagt erscheinen, auf Fähigkeit, Leben und Arbeitskraft dieses Einzelnen die große nationale Aufgabe zu stellen; es ließe die Zeit der Durchführung sich nicht übersehen und es müßte unter allen Umständen der vollendete Entwurf einer kommissionellen Prüfung durch Vertreter der verschiedenen großen Rechtsgebiete unterzogen werden."

> „Der Vertheilung der Arbeit an mehrere einzelne Redaktoren aber steht entgegen, daß es hier an jeder Gewähr einheitlicher Auffassung und Formgebung mangelt, daß die Aufstellung gewisser unentbehrlicher leitender Gesichtspunkte, wie die Ausgleichung kaum vermeidlicher Differenzen von außen her zu erfolgen hätte, endlich daß auch hier ein Abschluß ohne vorgängige Kommissionsberathung unthunlich wäre."

Die Vorkommission gelangte daher zu den unten (S. 52 f.) unter VII mitgetheilten, in den Grundzügen demnächst befolgten Einzelvorschlägen.

Digitized by Google

Ob dieser Weg der zweckmäßigere war,[4]) darüber zu urtheilen ist nicht der Zweck dieses Beitrages. Jedenfalls ist die große zeitliche Ausdehnung der Ausarbeitung des Entwurfes wesentlich auf die kollegialische Berathungsweise zurückzuführen. Sollte aber die Kritik des Entwurfes, der diese Beiträge gewidmet sind, ergeben, daß diesem Nachtheil größere Durcharbeitung des Stoffes, vielseitigere Prüfung und Beleuchtung aller einschlägigen Fragen gegenüberstehen, so würden wir kein Bedenken tragen, jenen Nachtheil im Vergleich mit diesen Vorzügen für ein geringeres Uebel zu halten; ob Deutschland sein einheitliches bürgerliches Recht ein Jahrzehnt früher oder später erhält, ist nicht so wichtig, als daß es ihm in der höchsten Vollendung, deren unser Juristenstand fähig ist, dargeboten wird.

> II. Der Entwurf soll, unter Berücksichtigung der geltenden Gesetzbücher und der von den Einzelstaaten sowie im Auftrage des ehemaligen Deutschen Bundes über einzelne Rechtstheile ausgearbeiteten Gesetzentwürfe, das den Gesammtzuständen des Deutschen Reiches entsprechende bürgerliche Recht in einer den Anforderungen der heutigen Wissenschaft gemäßen Form kodifizirend zusammenfassen.

Die hiermit gestellte Aufgabe bezeichnet das Gutachten selbst als eine dreifache:

> „Es ist der Gesammtbestand der innerhalb des Deutschen Reiches geltenden Privatrechtsnormen mit Rücksicht auf deren Zweckmäßigkeit, innere Wahrheit und folgerichtige Durchführung zu untersuchen. — Es ist sorgsam zu prüfen, wie weit die von der gemeinsamen Grundlage des sogenannten gemeinen Rechtes (gemeinen Civilrechtes und deutschen Privatrechtes) abweichenden Bestimmungen der neueren großen Civilgesetzgebungen, der Landesgesetze und der etwaigen Reichsgesetze beizubehalten seien, oder ob und welche Ausgleichung zu versuchen sei. — Es ist endlich auf richtige Formgebung und Anordnung die höchstmögliche Sorgfalt zu verwenden."

In eingehender Kritik wird ausgeführt, warum die geltenden Gesetzbücher und die bisher ausgearbeiteten Entwürfe (s. oben §§ 2,

---

[4]) Besonders lebhaft hat denselben bekämpft Rassow in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechtes Bd. 21 S. 226 ff. (1877) und Bd. 30 S. 121 ff. (1886).

Digitized by Google

4, 10, 12 bis 14) als Grundlage der Arbeit ungeeignet, immerhin aber zu benutzen seien.

Das Gutachten sucht ferner für die — in den Vorschlägen, mit einer Ausnahme (s. Nr. III), nicht zum Ausdruck gekommene — Abgrenzung des Umfanges des Werkes die leitenden Gesichtspunkte zu gewinnen. Ueber die Ausscheidung des Handelsrechtes wird zu III noch zu reden sein. Außer diesem aber sollten nach der Absicht der Vorkommission noch ausgeschlossen bleiben:

a) das Bergrecht; dasselbe eigne sich aus ähnlichen Gründen wie das Handelsrecht (s. unten S. 50) zur Aufnahme in das bürgerliche Gesetzbuch nicht, obwohl dessen einheitliche Regelung für das gesammte Reich zweckmäßig erscheine;

b) „die im Absterben begriffenen Institute überwiegend germanischen Ursprunges, welche als trümmerhafte Reste mittelalterlichen Wirthschafts- und Verwaltungssystemes in die Gegenwart hineinragen"; als solche werden genannt: das Lehnrecht, das Recht der ablösbaren Reallasten, wohl auch das Erbzins- und das Erbpachtrecht, die Emphyteusis, das Näherrecht, das Recht der Stammgüter und der bestehenden Familien-Fideikommisse;[5])

c) das bäuerliche Güterrecht, soweit solches die Geschlossenheit der Höfe, deren Erhaltung durch eigenthümliche Erb- und Theilungsnormen, das Altentheil u. dgl., angehe.[6])

d) Bezüglich einer Anzahl von Instituten, „welche im Einzelnen nur nach dem Bedürfniß und den geschichtlich gegebenen Verhältnissen größerer oder kleinerer Distrikte geregelt werden können, und deren theilweise polizeilicher Inhalt ein weiteres Hinderniß der Kodifizirung bildet" (genannt werden: das Forstrecht, das Wasserrecht im weitesten Umfange — auch Mühl-, Flötz- und Flößereirecht — das Fischereirecht, das Jagdrecht, das Deich- und Sielrecht, das Bau- und Nachbarrecht, das Recht der Zusammenlegung von Grundstücken, das Enteignungsrecht, das Gesinderecht), werde sorgfältig zu erwägen sein, ob nicht die privatrechtlichen Grundprinzipien dieser Institute sich zur gemeinschaftlichen Regelung im Gesetzbuche eignen.

Bestimmte Vorschläge hat die Kommission in diesen Richtungen nicht machen wollen, um der Entscheidung der demnächstigen Hauptkommission nicht vorzugreifen.

---

[5]) „Anlangend das Recht künftig zu errichtender Familienfideikommisse, mag es statthaft sein, der Landesgesetzgebung Raum zu lassen."

[6]) Dabei ist auf eine mögliche Einigung „der hierbei allein betheiligten (?) norddeutschen Einzelstaaten" über gemeinschaftliche Regelung hingedeutet.

Digitized by Google

Im übrigen erklärt sich die Kommission mit Entschiedenheit gegen den Ausschluß anderer als der vorgenannten Gegenstände aus dem Gesetzbuche. Insbesondere seien aufzunehmen das gesammte Familienrecht, einschließlich des Eheschließungs- und des Ehescheidungsrechtes, das Vormundschaftsrecht, das Erbrecht, das eheliche Güterrecht, das Immobiliarsachenrecht, das Recht der juristischen Personen, vornehmlich der Korporationen und Genossenschaften.[7])

Dem freien Ermessen der demnächstigen Kommission hinsichtlich des Systemes will das Gutachten keine Schranken ziehen.

Weiter finden sich hinsichtlich der Anforderungen an das Werk in den „Vorschlägen" keinerlei Direktiven, nur in dem Gutachten wird bemerkt:

> „Eine kasuistische Entwickelung und die Aufnahme lediglich reglementärer, zur richterlichen Instruktion dienender Vorschriften erscheint unangemessen, nur werden, wie dies bereits im Code Napoléon, in dem Sächsischen Gesetzbuche und den neuesten Entwürfen geschehen ist, neben den leitenden Prinzipien auch die wichtigsten Folgesätze und die Ausnahmen zu regeln sein."
>
> III. Das Handelsrecht soll nicht in den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches aufgenommen werden, sondern Gegenstand besonderer Kodifikation sein.

Für die fortdauernde Selbständigkeit des Handelsrechtes gegenüber dem übrigen Civilrechte beruft sich das Gutachten nicht nur auf den Vorgang nahezu aller auswärtigen Gesetzgebungen, sondern auch auf „gewichtige innere Gründe" — einerseits auf das Vorkommen gewisser, dem Handel durchaus eigenthümlicher Institute, andererseits auf die eigenthümliche Ausbildung und Schärfe gewisser Prinzipien des

---

[7]) Die Vorkommission war freilich hinsichtlich der Durchführung dieses ihres Gedankens viel zaghafter, als es nachher der Bundesrath (vgl. S. 56 Anm. 12) und auch die Kommission selbst gewesen ist. Das Gutachten spricht von „Schonung hinsichtlich der bestehenden Grundbucheinrichtungen" durch Vorbehalte zu Gunsten zu Landesrechtes. Das eheliche Güterrecht werde sich nicht einheitlich, sondern nur in seinen zwei oder drei Grundsystemen gestalten lassen, „derartig, daß in den verschiedenen Theilen Deutschlands je das eine dieser Systeme nach Bestimmung der Landesgesetze zur gesetzlichen Geltung gelangt". Dabei möge es auch statthaft erscheinen, „daß ein Einzelstaat oder der Theil eines solchen sein bisheriges eigenthümliches eheliches Güterrecht unverändert als Landesrecht beibehalte, sofern er nur durch dessen Kodifizirung für ausreichende Rechtssicherheit sorgt".

Digitized by Google

Verkehrsrechtes im Handelsrechte, deren einfache Uebertragung auf den gesammten Verkehr erheblichen Bedenken unterliege, endlich auf die Störung in der Kontinuität der an das deutsche Handelsgesetzbuch sich anlehnenden Rechtsübung und Wissenschaft, welche eintreten würde, wenn man das Handelsrecht dem bürgerlichen Gesetzbuche einverleiben wollte. Dagegen sollen nach der Anschauung der Vorkommission aus dem Handelsgesetzbuche diejenigen Sätze ausgeschieden werden, welche der allgemeinen Anwendung auf den gesammten Verkehr fähig und daher zur Aufnahme in das bürgerliche Gesetzbuch geeignet erscheinen; es werde sich ferner erst nach Feststellung des bürgerlichen Gesetzbuches bestimmen lassen, welche eigentlichen Ausnahmen von dessen Rechtssätzen (z. B. hinsichtlich der Zinsen, der Konventionalstrafe, der Form der Rechtsgeschäfte, des Interesses u. dgl.) für den Handelsverkehr beizubehalten oder aufzustellen seien. Doch werde eine Revision des geltenden Handelsgesetzbuches durchzuführen sein.

Künftiger Erwägung soll vorbehalten bleiben, inwieweit dabei zugleich die in das Handelsrecht einschlagenden Reichs-Spezialgesetze (z. B. Allgemeine deutsche Wechselordnung, das Gesetz über die Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften, die Seemannsordnung nebst den seerechtlichen Einzelgesetzen und das Reichs-Eisenbahnrecht) in geeigneter Umarbeitung dem neuen Handelsgesetzbuche einzuverleiben seien. Bei anderen Gesetzen (dem Urheberrecht, dem etwaigen[8]) Reichsrecht, betreffend Patente, Marken-, Muster- und Modell-Schutz, Banken und Banknoten) wird in das Ermessen der Kommission für das bürgerliche Gesetzbuch gestellt, ob dieselben in den Bereich des bürgerlichen Gesetzbuches oder des Handelsgesetzbuches kodifizirend hineinzuziehen, oder ob es insoweit bei der Reichs-Spezialgesetzgebung zu belassen sei. Letzteres wird schon von der Vorkommission in Aussicht genommen für Post- und Telegraphenrecht, sowie für die Gewerbeordnung. Das Recht der Inhaberpapiere sei im Zusammenhang des bürgerlichen Gesetzbuches festzustellen, vorbehaltlich der etwaigen späteren Zuweisung an das Handelsgesetzbuch.

In Verbindung mit der Revision des Handelsgesetzbuches sollte endlich eine Kodifikation des Verlagsrechtes, des Binnenschiffahrtsrechtes und des Versicherungsrechtes, soweit es im Handelsgesetzbuche noch nicht geregelt ist, in Angriff genommen werden.

IV. Die Kommission für die Entwerfung eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuches wird aus hervorragenden praktischen und theoretischen Juristen zu-

[8]) Die einschlägigen Reichsgesetze waren zur Zeit der Erstattung des Gutachtens noch nicht ergangen.

Digitized by Google

sammengesetzt, wobei zugleich auf Vertretung der innerhalb des Deutschen Reiches bestehenden größeren Rechtsgebiete Rücksicht genommen wird.

Sie besteht aus neun theils redigirenden, theils überwiegend kontrolirenden und kritisirenden Mitgliedern.

V. Die Kommission hat ihren Sitz in . . . . . ,[9] woselbst die Kommissionsberathungen stattfinden und ein ständiges Sekretariat eingerichtet wird.

VI. Die Kommission stellt ihre Geschäftsordnung fest.

Sie darf in allen geeignet erscheinenden Fällen den Mitgliedern (Redaktoren) Spezialkommissare beiordnen, Gutachten einholen und Vorarbeiten für einzelne Abschnitte des Entwurfes herstellen lassen. Soweit sie zu diesen Zwecken der Mitwirkung von Personen bedarf, welche nicht Mitglieder der Kommission sind, hat sie die Zustimmung und Vermittelung des Reichskanzlers nachzusuchen.

Sie ist befugt, über Gegenstände ihres Geschäftskreises von den Centralbehörden der einzelnen Bundesstaaten Auskunft unmittelbar zu erheben.

VII. Behufs Herstellung eines **ersten** vollständigen Entwurfes ist das nachstehende Verfahren einzuhalten:

1. Die Kommission bestimmt den Umfang und das System des Gesetzbuches; sie entscheidet über die Benutzung bereits vorliegender Gesetzgebungsarbeiten als etwaiger Grundlagen für einzelne Theile des Entwurfes und verständigt sich über diejenigen Gesichtspunkte, welche für die Ausarbeitung aller oder mehrerer Haupttheile des Entwurfes maßgebend sind, vorbehaltlich einer späteren Aenderung der Ergänzung der gefaßten Beschlüsse.
2. Demnächst hat die Bearbeitung der einzelnen Haupttheile des Entwurfes durch die hierzu bestellten Redaktoren möglichst gleichzeitig zu be-

[9] Die Bestimmung des Sitzes der Kommission hatte die Vorkommission dem Bundesrathe überlassen.

Digitized by Google

ginnen, unbeschadet der einstweiligen Zurückstellung einzelner Institute und der sukzessiven Bearbeitung der Unterabtheilungen.

3. Die Redaktoren der Haupttheile werden aus den Mitgliedern der Kommission bestellt, und zwar etwa je ein Redaktor:
   a) für das Obligationenrecht;
   b) für das Vormundschafts- und Familienrecht, mit Ausschluß des ehelichen Güterrechtes;
   c) für das eheliche Güterrecht und das Erbrecht;
   d) für das Immobiliarsachenrecht und das gesammte Pfandrecht;
   e) für die übrigen Institute des Sachenrechtes einschließlich des Besitzes.

   Jeder Redaktor hat über Prinzipien, welche den von ihm zu bearbeitenden Haupttheil beherrschen, zur geeigneten Zeit die Vorentscheidung der Kommission einzuholen.

   Diese Entscheidung ist auch dann einzuholen, wenn mehrere Redaktoren über Grenzpunkte ihrer Gebiete oder über gemeinschaftliche Lehren in wichtigen Beziehungen sich nicht zu verständigen vermögen.

   Jeder Redaktor hat auf Grundlage der von ihm selbst und den etwa beigezogenen Spezialkommissionen ausgearbeiteten Theilentwürfe den Gesammtentwurf seines Haupttheiles festzustellen und mit Motiven der Kommission einzureichen.

4. Nach Vollendung jedes einzelnen Haupttheiles oder mehrerer Haupttheile erfolgt deren Berathung und vorläufige Feststellung durch die Kommission in einmaliger Lesung, wobei zugleich die Ausscheidung der dem allgemeinen Theile und der dem Einführungsgesetze vorzubehaltenden Bestimmungen in geeigneter Weise vorzubereiten ist.

5. Nach vorläufiger Feststellung sämmtlicher Haupttheile durch die Kommission entwirft ein von dieser ernannter Hauptreferent unter geeigneter Mitwirkung der Redaktoren den allgemeinen

Digitized by Google

Theil des Gesetzbuches, sowie das Einführungsgesetz und knüpft hieran die Vorschläge wegen der durch die Ausscheidung des allgemeinen Theiles etwa gebotenen Umgestaltung der einzelnen Haupttheile, desgleichen über deren Zusammenfügung unter einander und mit dem allgemeinen Theile.

6. Ueber diese Entwürfe und Vorschläge tritt die Kommission in Berathung, stellt auf Grund derselben den Entwurf als Ganzes fest und unterzieht den letzteren schließlich in redaktioneller Beziehung auf den Vortrag des Hauptreferenten der Revision.

Karakteristisch an diesem Plane ist die Stellung, welche dem allgemeinen Theile eingeräumt wird. Das Gutachten führt aus, ein solcher, „wenngleich von nur mäßigem Umfange", sei nicht zu entbehren. Es erscheine indeß gerathen, „nicht von dem Allgemeinen zum Besonderen herabzusteigen, vielmehr ausgehend von dem Besonderen das Allgemeine aus diesem allmählich auszuscheiden". „Werden damit die wichtigsten allgemeinen Lehren mit Rücksicht auf deren Gestaltung und Konsequenzen in jedem Sondertheile geprüft, so ergiebt sich schließlich, welche Rechtssätze zur Aufnahme in den allgemeinen Theil geeignet erscheinen, und welche Rechtssätze jedem Sondertheile zu verbleiben haben."[10] Die Kommission zur Ausarbeitung des vorliegenden Entwurfes ist diesen Anschauungen allerdings nicht gefolgt.

VIII. Der so in erster Lesung festgestellte Entwurf wird nebst Motiven veröffentlicht und den Bundesregierungen mitgetheilt.

Das Gutachten bemerkt in dieser Beziehung:

„Eine Veröffentlichung des Gesammtentwurfes oder auch nur einzelner Theilentwürfe empfiehlt sich vor Beendigung der ersten Lesung nicht, da erst in diesem Zeitpunkte eine richtige Beurtheilung der Kommissionsarbeiten möglich erscheint. Dagegen erscheint es nothwendig, alsbald nach Herstellung eines vollständigen Entwurfes denselben der öffentlichen Kritik zu

---

[10]) Auf ähnlichem Gedankengange beruhte es, wenn von dem bayerischen Entwurfe zunächst Spezialtheile jedesmal in Verbindung mit den bezüglichen Paragraphen des allgemeinen Theiles veröffentlicht wurden. S. oben S. 27. Ebenso sollte in Hessen die Aufstellung des allgemeinen Theiles der Annahme der Entwürfe zu den Spezialtheilen nachfolgen. S. oben S. 32.

Digitized by Google

unterstellen, und, indem sogleich nach beendigter erster Lesung eines oder mehrerer Mitglieder der Kommission, womöglich der Hauptreferent, unter geeigneter Zuziehung der Redaktoren mit der kritischen Zusammenstellung und Würdigung aller erheblichen Bedenken und Abänderungsvorschläge betraut werden, ist für die zweckmäßige Vorbereitung der zweiten Lesung ausreichende Gewähr gegeben."

IX. Die von Seiten der Bundesregierungen und anderweitig erhobenen Bedenken oder Abänderungsvorschläge, für welche ein angemessener Zeitraum frei zu lassen ist, werden von einem oder mehreren sogleich nach Beendigung der ersten Lesung durch die Kommission ernannten Referenten zusammengestellt und geprüft.

Demnächst findet auf Vortrag des oder der ernannten Referenten und unter Berücksichtigung der etwa aus der Mitte der Kommission selbst hervorgehenden Abänderungs- und Ergänzungsvorschläge die **zweite** Lesung des Gesammtentwurfes mit Einschluß des Einführungsgesetzes durch die Kommission statt, woran sich dessen formelle Schlußredaktion in gleicher Weise wie bei der ersten Lesung anschließt.

Der so festgestellte Entwurf nebst Motiven wird dem Bundesrathe überreicht.

Nr. X der Vorschläge der Vorkommission bezieht sich auf das Verfahren bei der Revision des Handelsgesetzbuches. Da der Bundesrath (s. unten S. 58) sich die weitere Bestimmung über Zusammensetzung der mit Aufstellung des Entwurfes des deutschen Handelsgesetzbuches zu beauftragenden Kommission vorbehalten hat, und in dieser Hinsicht bisher noch nichts weiter veranlaßt ist, braucht auf Nr. X hier nicht eingegangen zu werden.

Der Ausschuß des Bundesrathes für Justizwesen erstattete unter dem 9. Juni 1874 über das Gutachten und die Vorschläge der Vorkommission dem Plenum einen eingehenden Bericht,[11]) in welchem hin-

[11]) Derselbe ist wörtlich abgedruckt in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechtes Bd. 21 S. 195—214. — Der Bericht nennt in der Ueberschrift als zweiten Gegenstand, den er betrifft, „die Verhandlungen über die Reform der Gesetzgebung über das Aktienwesen". Auf diesen Gegenstand beziehen sich S. 210—212 des angeführten Abdruckes.

Digitized by Google

sichtlich der grundsätzlichen Stellungnahme zu dem Gutachten der Vorkommission bemerkt wird:

> „Im Ganzen hat der Ausschuß den Ausführungen der Kommission nur beipflichten und anerkennen können, daß dieselbe ihre Aufgabe gelöst hat. Es wird daher für den Ausschuß nicht darauf ankommen, neue und abweichende Vorschläge zu machen und neben der Arbeit der Kommission eine zweite Arbeit vorzulegen. Es entspricht vielmehr der Sachlage, wenn die Ansichten der Kommission resumirt und nochmals in ihrem Zusammenhange dargelegt werden."

Demgemäß enthielt der Bericht im Allgemeinen nur eine Beleuchtung der Ausführungen der Kommission und die Erklärung der Zustimmung zu demselben; eine Wiedergabe des Berichtes ist insoweit ohne Interesse.[12]) Abweichungen in den Anschauungen des Aus-

---

Dieser Theil des Berichtes interessirt hier nicht; der Ausschuß gelangte zu dem — auch vom Bundesrathe angenommenen — Vorschlage, „die Revision der Gesetzgebung über die Aktiengesellschaften mit der Revision des Handelsgesetzbuches zu verbinden". Allein der Bundesrath hat selbst durch einen späteren Beschluß vom 13. März 1877, in Abänderung jenes früheren Beschlusses, den Reichskanzler ersucht, „den Entwurf eines Gesetzes ausarbeiten und vorlegen zu lassen, welches unabhängig von der Revision des Handelsgesetzbuches und unbeschadet der mit dieser demnächst zu verbindenden generellen Revision des gesammten Handelsgesellschaftsrechtes den Ausschreitungen bei der Gründung, der Verwaltung und dem geschäftlichen Betriebe der Aktienunternehmungen entgegenzuwirken geeignet sei". Das Ergebniß der bezüglichen Arbeiten ist das geltende Gesetz, betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften, vom 18. Juli 1884 (R.-G.-Bl. S. 123).

[12]) Beachtenswerth ist die Entschiedenheit, mit welcher auf thunlichste Ausdehnung der Kodifikationsarbeit hingewiesen wird. „Wollte man diejenigen Institute ausnehmen, für welche eine Ueberweisung an das Landesrecht gewünscht werden könnte, so würde man nach und nach Eherecht, Vormundschaftsrecht, Familienrecht, Hypothekenrecht und endlich sämmtliche dinglichen Rechte auszusondern in der Lage sein, so daß schließlich nichts übrig bliebe, als das Obligationenrecht, womit dann die Absicht des Gesetzes vom 20. Dezember 1873 wieder vereitelt wäre." „Soll durch ganz Deutschland ein jus connubii und jus commercii gelten, soll innerhalb Deutschlands die Lehre von der räumlichen Beschränkung der Geltung des Rechtes wirklich abgethan werden, so wird man nicht von vornherein Ausnahmen zulassen dürfen." „Ob Vorbehalte für das Landesrecht, z. B. bei Grundbucheinrichtungen, zu machen sind, die mehr als die partikulare Ordnung bloß reglementärer Dinge zulassen, wird demnächst die mit dem Werke selbst betraute Kommission ermessen. Hier läßt sich nicht mehr sagen, als daß theils das Verhältniß

Digitized by Google

schusses von denen der Vorkommission treten in folgenden Beziehungen zu Tage:

1. Bezüglich der „einzelnen im Absterben begriffenen Institute des deutschen Rechtes" (s. oben S. 49) bemerkt der Ausschußbericht, die Aufmerksamkeit der Kommission werde sich auch auf diese Institute richten müssen.

> „Es wird zu erwägen sein, inwieweit sie durch das neue Gesetzbuch, wenn dasselbe sie ganz übergeht, als abgeschafft betrachtet werden müßten, und inwieweit es sich empfehlen kann, ihnen entweder noch eine Einwirkung ausdrücklich zu gestatten oder dieselbe auszuschließen oder einzuschränken."

Eine förmliche Kodifizirung würde dabei allerdings nicht in Frage kommen, sondern nur die Anerkennung gewisser Institute. Eine Beschränkung der künftigen Kommission in dieser Hinsicht möchte nicht gerathen sein.

2. Gegenüber den genaueren Vorschlägen der Vorkommission über Abfassung eines allgemeinen Theiles (s. S. 53 f.) bemerkt der Ausschußbericht:

> „Es ist nicht anzurathen, der Kommission bezüglich des allgemeinen Theiles bestimmte Vorschriften zu machen, und insonderheit das Entnehmen allgemeiner Rechtssätze aus dem Besonderen als Ziel anzudeuten . . . Die Abstraktion der allgemeineren Begriffe und Rechtswahrheiten aus dem Besonderen ist nicht Sache des Gesetzgebers, sondern der Theorie, und mit Recht hat Ihering bemerkt, daß die Präzipitirung der Rechtssätze zu Rechtsbegriffen die wissenschaftliche Auffassung und Behandlung eines Rechtes von der Darstellung desselben in einem Gesetzbuche scheide, daß der Gesetzgeber sich darauf beschränken könne, seine Anforderungen in ihrer ursprünglichen, unmittelbaren, praktischen Form aufzustellen. — Es wird sich hier empfehlen, der künftigen Kommission in dieser Beziehung freie Hand zu lassen und zu erwarten, ob und eine wie umfangreiche Einleitung oder Sammlung allgemeiner Rechtssätze sie für nöthig hält."

---

zwischen Reichsrecht und Landesrecht wohl zu beachten, theils aber die Verweisung auf das Landesrecht niemals ein Ausweg wird sein dürfen, auf welchem man suchen könnte, über Schwierigkeiten hinwegzukommen." — Bei der Beurtheilung der Art und Weise, wie die Kommission den technischen Theil ihrer Aufgabe gelöst hat, werden ferner die Ausführungen des Ausschußberichtes zu IV (bei Gruchot a. a. O. S. 205—209) Berücksichtigung verdienen.

Digitized by Google

3. Eine dritte Abweichung der Ausschußvorschläge von denen der Vorkommission, die Erhöhung der Zahl der mit der Arbeit zu betrauenden Rechtsgelehrten von 9 auf 11, ist nicht besonders begründet worden.

Der Ausschuß beantragte:

Der Bundesrath wolle beschließen:

1. Die in dem Gutachten der in den Sitzungen vom 28. Februar und 19. März 1874 gewählten Kommission über Plan und Methode, welche bei der Aufstellung des Entwurfes eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuches zu befolgen sind, enthaltenen Ansichten und Vorschläge werden im Allgemeinen gebilligt;
2. die zur Entwerfung des Gesetzbuches zu berufende Kommission hat aus elf Mitgliedern zu bestehen, welche vom Bundesrathe mit Stimmenmehrheit gewählt werden. Aus der Zahl derselben wird der Vorsitzende vom Reichskanzler ernannt;
3. die Kommission hat ihren Sitz in Berlin, wo die mit der Redaktion beauftragten Mitglieder während der Arbeit ihren ständigen Aufenthalt nehmen;
4. die Kommission regelt ihren Geschäftsgang und bleibt ihr überlassen, die in der Anlage des Gutachtens vom 15. April enthaltenen Vorschläge als Anhaltspunkte zu benutzen;
5. die weitere Bestimmung über Zusammensetzung der mit Aufstellung des Entwurfes des deutschen Handelsgesetzbuches zu beauftragenden Kommission bleibt vorbehalten.[13])

Der Bundesrath beschloß am 22. Juni 1874 gemäß den Ausschußanträgen und beauftragte den Justizausschuß, wegen der zu ernennenden Mitglieder Vorschläge zu machen.

Damit schließt die Vorbereitung des Werkes ab und es beginnt die Arbeit an diesem selbst. Wenn auch die mit der letzteren betraute Kommission Bedenken getragen hat, prinzipiell die Vorschläge der Vorkommission in Folge der Beschlüsse des Bundesrathes als bindend anzusehen, so sind jene Vorschläge doch für den formellen Gang der Berathungen in dem Maße bestimmend gewesen, daß letztere ohne Kenntniß der in diesem Paragraphen dargestellten Vorgeschichte kaum verstanden werden kann.

---

[13]) Nr. 5 bezieht sich auf die oben nicht mitgetheilte Nr. X der Vorschläge der Vorkommission; vgl. S. 55. — Ueber Nr. 6 des Ausschußantrages s. Anmerkung 11 S. 55.

Digitized by Google

VII.

Die Arbeiten der Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.[1])

1. Die Personen.

§ 18.

Auf Vorschlag des Ausschusses für Justizwesen erwählte der Bundesrath in seiner Sitzung vom 2. Juli 1874 folgende Juristen zu Mitgliedern der Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich:

1. den damaligen Präsidenten des Reichsoberhandelsgerichtes Wirklichen Geheimen Rath Dr. Pape;
2. den Kaiserlichen Appellationsgerichtsrath in Colmar (jetzigen Reichsgerichtsrath) Derscheid;
3. den Großherzoglich badischen Ministerialrath Dr. Gebhard;
4. den Königlich preußischen Obertribunalsrath (jetzigen Geheimen Oberjustizrath und Kammergerichtsrath) Johow;
5. den Königlich württembergischen Obertribunalsdirektor (späteren Senatspräsidenten bei dem Oberlandesgerichte) Dr. von Kübel;
6. den Königlich preußischen Geheimen Justizrath (jetzigen Geheimen Oberjustizrath) und vortragenden Rath im Justizministerium (jetzigen Dr.) Kurlbaum II.;
7. den Königlich preußischen Appellationsgerichtsrath in Celle (jetzigen Geheimen Justizrath) Dr. Planck;
8. den Königlich bayerischen ordentlichen Professor der Rechte in München Dr. von Roth;

---

[1]) Quellen für die nachfolgende Darstellung: Die Ausarbeitung des Entwurfes ꝛc. (Separatabdruck Nr. 5 aus dem Reichsanzeiger von 1877, s. oben S. 44 Anm. 1) S. 10 ff.; Rassow in Gruchots Beitr., Bd. 21 S. 215 bis. 224; Amtliche Ausgabe des Entwurfes S. I—VII; von Kirchenheims Centralbl. f. Rechtswissenschaft Bd. 7 S. 212—214; Alexander-Katz, erläuternde Anmerkungen zu den Vorschriften des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich S. 5—19. Außerdem sind im Reichsanzeiger einzelne kurze Notizen über den Gang der Berathungen veröffentlicht worden; vgl. — außer einem im Oktober 1877 veröffentlichten, dem Verfasser nur in einer Abschrift zugänglichen Berichte — Nr. 297 v. 17. Dez. 1877; Nr. 262 v. 6. Nov. 1878; Nr. 294 v. 15. Dez. 1879; Nr. 14 v. 19. Januar 1881; Nr. 162 v. 13. Juli 1883; Nr. 209 v. 7. Sept. 1885.

Digitized by Google

9. den Königlich bayerischen Ministerialrath (jetzigen Oberlandesgerichtspräsidenten) Dr. von Schmitt;
10. den Königlich sächsischen Appellationsgerichtspräsidenten (späteren Oberlandesgerichtspräsidenten) von Weber;
11. den Großherzoglich badischen (späteren Königlich sächsischen) Geheimrath und ordentlichen Professor der Rechte in Heidelberg (später in Leipzig) Dr. von Windscheid.

Zum Vorsitzenden der Kommission ernannte der Reichskanzler den Präsidenten Dr. Pape.

So waren in der Kommission die sämmtlichen großen deutschen Rechtsgebiete vertreten: das gemeine Recht durch zwei akademische Lehrer, und zwar einen hervorragenden Romanisten (von Windscheid) und einen ausgezeichneten Germanisten (von Roth) und durch drei Praktiker, deren einer (von Schmitt) Bayern, einer (von Kübel) Württemberg und einer (Planck) den gemeinrechtlichen preußischen Landestheilen angehörten. Dem Gebiete des preußischen Landrechtes gehörten drei Mitglieder (Pape, Kurlbaum, Johow), dem Gebiete des französischen Rechtes zwei an, von denen der eine (Derscheid) den Code Napoléon, der andere (Gebhard) das Badische Landrecht vertrat. Als Repräsentant des sächsischen Civilgesetzbuches war von Weber berufen.

Die Kommission verlor am 5. Januar 1884 durch den Tod ein Mitglied, Dr. von Kübel; an seine Stelle ist zufolge Beschlusses des Bundesraths vom 13. März 1884 seit dem 26. März 1884 der Königlich württembergische ordentliche Professor der Rechte Dr. von Mandry getreten.

Schon vorher, im Oktober 1883, war der Professor Dr. von Windscheid, dem persönliche und dienstliche Verhältnisse eine längere Abwesenheit von Leipzig nicht gestatteten, ausgeschieden, ohne daß für ihn ein Ersatz stattfand. Da das bald darauf neu berufene württembergische Mitglied von Mandry dem akademischen Lehrberufe angehörte, wurde die Vertretung der theoretischen Jurisprudenz in der Kommission durch von Windscheids Austritt nicht vermindert.

Nach dem Abschlusse des Hauptentwurfes ist am 8. Februar 1888 von Weber verstorben. An seiner Stelle ist durch Bundesrathsbeschluß vom 28. März 1888 der vortragende Rath im Königlich sächsischen Ministerium der Justiz, Geheimer Justizrath Dr. Rüger für die noch ausstehenden Arbeiten der Kommission (vgl. unten § 23) zum Mitgliede derselben erwählt worden.

Der Kommission war von deren Zusammentritte an als Schriftführer der Königlich preußische Kreisgerichtsrath in Berlin (jetzige Oberlandesgerichtsrath in Hamm) Neubauer beigegeben.

Alsbald machte sich das Bedürfniß nach Hülfsarbeitern für die

Digitized by Google

Redaktoren geltend (vgl. unten S. 67 Nr. 7). Als solcher wurde zunächst a) Neubauer verwendet; außerdem wurden zu diesem Dienste einberufen:

1. im Oktober 1874:
   b) der Königlich preußische Stadtgerichtsrath in Berlin (jetzige Oberlandesgerichtsrath in Celle) Achilles;
   c) der Königlich preußische Obergerichtsrath in Celle Braun, an dessen Stelle nach seiner Ernennung zum Oberkonsistorialrath im Juli 1877 der damalige Obergerichtsassessor (jetzige Oberlandesgerichtsrath in Kiel) Struckmann trat;
   d) der Königlich sächsische Gerichtsrath (jetzige Landgerichtsdirektor) in Leipzig Boerner;
2. im November 1874:
   e) der Großherzoglich hessische Stadtgerichtsassessor (spätere Geheime Justizrath) Vogel, welcher bis zu seinem am 28. Dez. 1883 erfolgten Tode als Hülfsarbeiter fungirte;
3. im Februar 1875:
   f) der Großherzoglich mecklenburgische Kanzleirath Dr. Martini, an dessen Stelle nach seinem im Oktober 1877 erfolgten Ausscheiden der Herzoglich braunschweigische Kreisrichter (jetzige Oberlandesgerichtsrath) von Liebe trat;
4. im Dezember 1879:
   g) der Königlich württembergische Landgerichtsrath in Stuttgart Ege.

Von diesen Hülfsarbeitern gehörten an: dem Gebiete des gemeinen Rechtes: Braun und Struckmann, Vogel, Martini und v. Liebe, Ege[1]), dem Gebiete des Preußischen Landrechtes Neubauer und Achilles, dem des Sächsischen bürgerlichen Gesetzbuches Boerner.

2. Der Arbeitsplan.

§ 19.

Am 17. September 1874 trat die Kommission unter Papes Vorsitze zum ersten Male zusammen. An diese erste Berathung schlossen sich sieben weitere Sitzungen, welche der Feststellung des Arbeitsplanes gewidmet waren. Das Ergebniß dieser Verhandlungen ist im Folgenden durch wörtliche Wiedergabe des in dem Separatabdruck Nr. 5 aus

[1]) Durch die Einberufung von Vogels, Martinis und von Liebes waren beabsichtigtermaßen auch in der Kommission nicht vertretene Bundesstaaten berücksichtigt worden.

Digitized by Google

dem Reichsanzeiger von 1877 (s. S. 44 Anm. 1) enthaltenen offiziösen Berichtes (a. a. O. S. 11—18) dargestellt:

I. Nachdem die Kommission zunächst eine Geschäftsordnung für das erste Stadium ihrer Thätigkeit festgestellt hatte[1]), einigte sie sich dahin:

es sei ohne prinzipielle Beschlußfassung darüber, inwieweit die Vorschläge der Vorkommission zufolge der Beschlüsse des Bundesrathes für bindende zu gelten haben, an den Grundprinzipien der Vorkommission in dem Sinne festzuhalten,

daß kein vorhandenes Gesetzbuch und kein vorhandener Entwurf die Grundlage der Berathungen bilden, daß vielmehr aus dem Schoße der Kommission selbst ein den Berathungen zu Grunde zu legender Vorentwurf hervorgehen und dieser Vorentwurf durch verschiedene mit Ausarbeitung der Theilentwürfe zu beauftragende Redaktoren verfaßt werden solle.

II. Die über den Umfang des künftigen Gesetzbuches von der Kommission gefaßten Beschlüsse gingen dahin:

1. Das bürgerliche Gesetzbuch soll sich auf das gesammte bürgerliche Recht erstrecken, mit den nachfolgenden Ausnahmen und näheren Bestimmungen.

2. Ausgeschlossen und der Ordnung durch das neue Handelsgesetzbuch oder durch Spezialreichsgesetze überlassen bleiben:

a) das den Gegenstand der Wechselordnung und des jetzigen Handelsgesetzbuches bildende Recht, einschließlich des Rechtes der Aktiengesellschaften,
b) das den Gegenstand der Seemannsordnung und der seerechtlichen Spezialgesetze bildende Recht,
c) das Recht der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften,
d) das Binnenschifffahrtsrecht,
e) das gesammte Versicherungsrecht,
f) das Verlagsrecht.

3. Ausgeschlossen bleiben ferner:

a) das Urheberrecht, das Recht des Patent-, Marken und Musterschutzes,
b) die Bankgesetzgebung, vorbehaltlich der in das bürgerliche Gesetzbuch aufzunehmenden Bestimmungen über Inhaberpapiere,
c) das Post- und Telegraphenrecht,
d) das Bergrecht, vorbehaltlich der künftigen Prüfung der Frage,

---

[1]) Dieselbe ist demnächst für alle Berathungen der ersten Periode (§ 20) maßgebend geblieben.

Digitized by Google

wieweit einzelne dessen Gebiete angehörende Bestimmungen in das bürgerliche Gesetzbuch aufzunehmen seien.

4. Ausgeschlossen bleibt weiter das Lehnrecht und das Recht der Stammgüter, vorbehaltlich der künftigen Entscheidung der Frage, ob diese Institute ferner zuzulassen, und welche Stellung ihnen eventuell zu den Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches zu geben sei.

5. Der späteren Entscheidung der Kommission bei Berathung des Sachenrechtes und bezüglich des Erbrechtes bleibt vorbehalten, in Betreff:

a) des Erbpachtrechtes, Erbzinsrechtes und der Emphyteusis,
b) des Rechtes der Reallasten und der Bann- und Zwangsrechte,
c) des Näherrechtes,
d) des in einzelnen Theilen des Reiches bestehenden besonderen bäuerlichen Güterrechtes,
e) der Familienfideikommisse

festzustellen, ob diese Institute ganz oder theilweise zu beseitigen, eventuell ob und inwieweit dieselben in dem bürgerlichen Gesetzbuche zu ordnen seien oder die Ordnung der Landesgesetzgebung zu überlassen sei.

6. Raum zu lassen innerhalb näher zu erwägender Grenzen ist der Landesgesetzgebung für das Forstrecht, das Wasserrecht einschließlich des Mühlen-, Flötz- und Flößereirechtes, das Fischereirecht, das Jagdrecht, das Deich- und Sielrecht, das Bau- und Nachbarrecht, das Recht der Gemeinheitstheilungen, der Ablösungen von Reallasten, Dienstbarkeiten und Zwangs- und Bannrechten, das Recht der Zusammenlegung von Grundstücken, das Enteignungsrecht und das Gesinderecht.

7. Inwieweit die privatrechtlichen Bestimmungen einzelner Reichsgesetze in das bürgerliche Gesetzbuch unverändert oder mit Modifikationen aufzunehmen, ingleichen wieweit die in dem Entwurf der bürgerlichen Prozeßordnung und der Konkursordnung enthaltenen privatrechtlichen Bestimmungen zu berücksichtigen und in das bürgerliche Gesetzbuch unverändert einzureihen oder abzuändern seien, oder inwieweit solche Bestimmungen besonders in Kraft zu erhalten, ist der künftigen Beschlußfassung bei Berathung der einzelnen einschlagenden Rechtsmaterien und des Einführungsgesetzes vorzubehalten.

III. In Ansehung der Eintheilung des in das Gesetzbuch aufzunehmenden Stoffes schloß sich die Kommission den in § 17 mitgetheilten Vorschlägen der ersten Kommission an. Was dagegen die Vertheilung der Arbeit unter die Redaktoren betrifft, so erachtete sie die auf Verbindung der Redaktion des ehelichen Güterrechtes mit der des Erbrechtes und auf die Wahl zweier Redaktoren für das Sachenrecht gerichteten Vorschläge der Vorkommission für bedenklich, während sie einen besonderen Redaktor für die nicht dem besonderen Theile des Gesetzbuches zu-

Digitized by Google

zuweisenden Rechtsmaterien für nöthig hielt. Die bezüglichen Beschlüsse der Kommission lauteten:

1. Das bürgerliche Gesetzbuch hat zu zerfallen in
   A. einen allgemeinen Theil,
   B. einen besonderen Theil, nämlich:
      a) das Sachenrecht mit Einschluß des Pfandrechtes und des Rechtes des Besitzes,
      b) das Obligationenrecht,
         wobei vorbehalten bleibt die definitive Beschlußfassung, welcher terminus technicus (Recht der Forderungen, Recht der Schuldverhältnisse) zu wählen,
         aus einem allgemeinen und einem besonderen Theil bestehend,
      c) das Familienrecht (insbesondere Eherecht, Verhältniß zwischen Eltern und Kindern, Vormundschaftsrecht) vorbehaltlich der Beschlußfassung darüber, ob und inwieweit auch das sogenannte Personenrecht anzureihen und ob dann die allgemeine Bezeichnung „Familienrecht" zu ändern,
      d) Erbrecht.

2. Die Vertheilung der Arbeit unter die Redaktoren erfolgt in nachstehender Weise:

I. Das Sachenrecht wird von einem Redaktor bearbeitet. Dieser hat zugleich zu behandeln die in den auf den Umfang des bürgerlichen Gesetzbuches bezüglichen Beschlüssen zu 3 d, 4, 5 und 6 berührten Fragen in Betreff des Bergrechtes, des Lehnrechtes, des Rechtes der Stammgüter, des bäuerlichen Güterrechtes und der Familienfideikommisse, des Erbpachtrechtes, des Erbzinsrechtes und der Emphyteusis,

soweit sie das Sachenrecht angehen,

ferner des Rechtes der Reallasten, der Zwangs- und Bannrechte und des Näherrechtes, ingleichen des Forstrechtes, des Wasserrechtes, des Jagdrechtes, des Deich- und Sielrechtes, des Bau- und Nachbarrechtes, der Ablösungen, Gemeinheitstheilungen und der Zusammenlegung von Grundstücken, auch des Enteignungsrechtes.

II. Ein Redaktor hat das gesammte Obligationenrecht, einschließlich der Lehre von der Schenkung unter Lebenden und von den Inhaberpapieren, sowie die in den Beschlüssen über den Umfang des bürgerlichen Gesetzbuches unter 6 erwähnte Frage des Gesinderechtes zu bearbeiten.

III. Ein Redaktor hat das Familienrecht, insbesondere das Eherecht mit Einschluß des ehelichen Güterrechtes, das Verhältniß zwischen Eltern und Kindern, ferner die Rechtsverhältnisse aus außerehelichem Beischlaf und das Vormundschaftsrecht zu bearbeiten.

Digitized by Google

IV. Ein Redaktor hat das gesammte Erbrecht zu bearbeiten, auch die in den Beschlüssen über den Umfang des bürgerlichen Gesetzbuches zu 4 bezeichnete Frage wegen des Lehnrechtes und der Stammgüter, sowie die zu 5 daselbst unter d und e erwähnten Fragen in Betreff des bäuerlichen Güterrechtes und der Familienfideikommisse, soweit sie das Erbrecht angehen, zu behandeln.

V. Ein Redaktor hat alle diejenigen, eine besondere Bearbeitung verdienenden Materien, welche nicht in die zu I., II., III. und IV. aufgeführten Redaktionsgebiete fallen,

ohne Präjudiz, ob eine Rechtsnorm aufzunehmen und wo diese ihre Stelle zu finden habe,

zu bearbeiten und insbesondere zu behandeln:

A. das Recht (sogenanntes Recht im objektiven Sinne), und zwar:
   a) Gesetz (lex scripta), Gewohnheitsrecht (verbindliche Kraft, Erfordernisse, Beweis),
   b) Autonomie,
   c) Privilegien,
   d) zeitliches Gebiet des Rechtes (rückwirkende Kraft),
   e) räumliches Gebiet des Rechtes (sogenannte Kollision der Statuten), vorbehaltlich der Entscheidung, ob über das zeitliche und örtliche Gebiet des Rechtes etwas in das Gesetzbuch aufzunehmen;

B. die Rechte, wenn man von ihrem besonderen Inhalte absieht, und zwar:
   a) was das Subjekt der Rechte betrifft, das Personenrecht im engeren Sinne:
      α. Beginn und Ende der physischen Persönlichkeit (Rechtsverhältniß des Kindes im Mutterleibe; Konstatirung von Geburt und Tod; Verschollenheit; jus commorientium),
      β. Rechtsfähigkeit (Einfluß des religiösen Bekenntnisses, der Staatsangehörigkeit ꝛc.),
         vorbehaltlich der Prüfung, ob die Reichs-Spezialgesetze aufzunehmen oder im Einführungsgesetze oder im Gesetzbuche zu erwähnen,
      γ. Handlungsfähigkeit (Einfluß von Geschlecht, Alter, Gesundheitszustand, Interdiktion),
      δ. juristische Personen,
   b) was die Entstehung und den Untergang der Rechte (Veränderung) angeht,
      α. die Rechtsgeschäfte einschließlich der Verträge, Voraussetzung der Gültigkeit (Ernstlichkeit des Willens, Betrug,

Digitized by Google

Zwang, Irrthum), Heilung der Ungültigkeit, Auslegung, Selbstbeschränkung der Wirkung durch Bedingung, Befristung, Voraussetzung (modus),

β. die Verjährung der Ansprüche (Klagen) und die unvordenkliche Verjährung,

γ. die Regeln über Messung der Zeit,

δ. die Restitution (wenn sie angenommen werden soll),

c) was die Ausübung und Geltendmachung der Rechte angeht,

α. Chikane,

β. Kollision der Rechte und sogenannten Klagenkonkurs,

γ. Selbsthülfe,

δ. Einfluß des Prozesses auf das materielle Rechtsverhältniß: Beginn des Prozesses (Haftung des Beklagten für Früchte und Zinsen, und bei Untergang und Beschädigung des Prozeßgegenstandes ꝛc.), Litigiosität, Urtheil (Veränderung des Rechtszustandes während des Laufes des Prozesses, Rechtskraft), Beweis.

3. Sämmtliche Redaktoren haben zugleich die Bestimmungen des Einführungsgesetzes in Betreff der ihnen überwiesenen Theile vorzubereiten.

VI. Eine Reihe von Beschlüssen bezweckte, die Verbindung und den Gedankenaustausch der Redaktoren mit einander zu sichern und der Kommission die Möglichkeit der Kontrole und der endgültigen Feststellung und sachgemäßen Zusammenfügung der Einzelarbeiten zu wahren, beziehungsweise zu verhindern, daß die Theilentwürfe Widersprechendes enthielten, oder doch der unerläßlichen Harmonie entbehrten. Die hierauf sich beziehenden Beschlüsse sind in einer, auch den Geschäftsgang regelnden Instruktion für die Redaktoren zusammengefaßt worden.

Die Instruktion hatte folgenden Wortlaut:

1. Jeder Redaktor hat den ihm zugewiesenen Haupttheil des von der Kommission zu entwerfenden bürgerlichen Gesetzbuches auszuarbeiten und mit Motiven zu versehen.

2. Die Redaktoren sind jedoch verpflichtet, sich in regelmäßigen Sitzungen über Form und Inhalt ihrer Arbeiten zu besprechen und gegenseitig zu verständigen und hierdurch eine möglichst einheitliche Auffassung und Formgebung, sowie eine erschöpfende Behandlung des Gesetzgebungsstoffes zu erstreben.

3. Zu den Gegenständen, worüber die Redaktoren sich nach Anleitung der von der Kommission aufgestellten allgemeinen Gesichtspunkte zu verständigen haben, gehören insbesondere Form und Sprach-

Digitized by Google

weise des Gesetzbuches,[2]) sowie die für das Ganze oder doch für mehrere Haupttheile der Arbeit maßgebenden Grundsätze und systematischen Anordnungen und die Bestimmung zweifelhafter Grenzen der den einzelnen Redaktoren zugewiesenen Gebiete.

Die Besprechungen sollen sich auf alle Theile der Arbeit, soweit sie zu Zweifeln Anlaß geben, erstrecken und die Förderung einheitlicher Arbeit durch gegenseitigen Gedankenaustausch erzielen.

4. Der Präsident der Kommission wird sich über den Stand der Arbeiten durch zeitweise Theilnahme an den Sitzungen und Besprechungen der Redaktoren in steter Kenntniß erhalten, auf gleichmäßige Förderung der Arbeit und möglichste Ausgleichung von wichtigen Meinungsdifferenzen in angemessener Weise hinwirken und je nach dem Stande der Arbeiten die Einberufung der Kommission verfügen.

5. Mit der Leitung der Sitzungen und Besprechungen der Redaktoren, an welchen der Präsident der Kommission nicht selbst Antheil nimmt, wird von diesem einer der Redaktoren beauftragt, welcher auch die Verbindung zwischen den Redaktoren und dem Präsidenten vermittelt. Für diejenigen Sitzungen der Redaktoren, in welchen der von dem Präsidenten ernannte Stellvertreter desselben selbst referirt, wird von den Redaktoren ein anderer Vorsitzender aufgestellt.

6. Handelt es sich um die Verständigung über präjudizielle Fragen, so ist der Präsident der Kommission hiervon zuvor in Kenntniß zu setzen, um dessen Theilnahme an den betreffenden Sitzungen zu ermöglichen.

7. Soweit der einzelne Redaktor der Beihülfe weiterer Kräfte zur Sammlung von Materialien, Erstattung von Gutachten, Ausarbeitung einzelner Entwürfe oder sonstiger Vorarbeiten bedarf, wird der Präsident der Kommission auf Antrag des Redaktors das Erforderliche einleiten.

Bei Aufstellung von Hülfsarbeitern ist insbesondere auch auf die Vertretung derjenigen Rechtsgebiete Bedacht zu nehmen, welche nicht schon durch die Redaktoren vertreten sind.[3])

---

[2]) Das Protokoll über die Sitzung vom 19. September 1874 konstatirt das Einverständniß der Kommission darüber,

„daß die Redaktoren sich, was die juristische Terminologie angeht, möglichst der deutschen Sprache bedienen sollen, soweit es, ohne in Purismus zu verfallen, ausführbar, und daß dieselben sich, abgesehen von den Fällen, wo reglementarische Bestimmungen zu geben sind, möglichster Kürze befleißigen und von Kasuistik frei halten sollen."

[3]) S. oben S. 61 Anm. 1.

Digitized by Google

8. Die Redaktoren haben nach Vollendung der erforderlichen Vorarbeiten und ehe sie mit der Durchführung ihrer Arbeiten im einzelnen beginnen, die Entscheidung der Kommission über die für die Ausarbeitung aller oder mehrerer Haupttheile des Entwurfes maßgebenden Gesichtspunkte, sowie über die Prinzipien, welche die einzelnen Theile des Entwurfes beherrschen, ferner über die Benutzung der etwa zu Grunde zu legenden Gesetzgebungsarbeiten herbeizuführen und zu dem Ende ihre Anträge dem Präsidenten vorzulegen. Der Präsident wird alsdann unter Mittheilung der Anträge den Zusammentritt der Kommission veranlassen.

Auch die Entscheidung über wesentliche Meinungsverschiedenheiten unter den Redaktoren bezüglich der Grenzpunkte ihrer Gebiete oder über gemeinschaftliche Lehren während der Dauer ihrer Arbeit bleibt der Kommission vorbehalten, welche zutreffenden Falls je nach Bedürfniß von dem Präsidenten unter Mittheilung der betreffenden Anträge einberufen werden wird.

9. Hat ein Redaktor die ihm zugewiesene Arbeit vollendet, so übergiebt er solche dem Präsidenten, welcher sofort den Entwurf nebst den Motiven den Mitgliedern der Kommission mittheilen und das Weitere zum Zwecke der Berathung durch die Kommission einleiten wird.

10. Die Bestellung des Hauptreferenten und die Bestimmung des hierfür, sowie für die Zusammenfügung der Theilentwürfe durch denselben geeigneten Zeitpunktes bleibt künftiger Beschlußfassung der Kommission vorbehalten.

Dieser Arbeitsplan, wie ihn die Kommission beschlossen hatte, zeigt von dem von der Vorkommission empfohlenen (oben S. 52 f.) im wesentlichen folgende Abweichungen:

1. Das Sachenrecht ist nur einem (nicht zweien) Redaktoren überwiesen.
2. Das eheliche Güterrecht ist dem Redaktor des Familienrechtes, nicht dem des Erbrechtes zugetheilt.
3. Es ist die Ausarbeitung eines allgemeinen Theiles gleichzeitig mit dem der übrigen Theile durch einen besonderen Redaktor in Aussicht genommen.

3. Die Ausführung der Arbeit.

a) Erste Periode: Die Arbeit der Redaktoren.

§ 20.

Die Kommission beschloß auf Antrag ihres Vorsitzenden, folgende Mitglieder zu Redaktoren für die im Nachstehenden näher bezeichneten Arbeitsgebiete zu ernennen:

Digitized by Google

1. für den allgemeinen Theil: den badischen Ministerialrath Gebhard;
2. für das Recht der Schuldverhältnisse: den württembergischen Obertribunalsdirektor von Kübel;
3. für das Sachenrecht: den preußischen Obertribunalsrath Johow;
4. für das Familienrecht: den preußischen Appellationsgerichtsrath Planck;
5. für das Erbrecht: den bayerischen Ministerialrath von Schmitt.

Von den Hülfsarbeitern waren zugeordnet

dem Redaktor zu 1.: Boerner;
dem Redaktor zu 2.: Vogel und nachmals Ege;
dem Redaktor zu 3.: Achilles und Martini, nachmals von Liebe;
dem Redaktor zu 4.: Braun und nachmals Struckmann;
dem Redaktor zu 5.: Neubauer.

Die Arbeit der Redaktoren erwies sich als viel zeitraubender, als man es sich vielleicht bei Beginn der Arbeit vorgestellt hatte. Schon allein die Sammlung und Sichtung des Materials — des geltenden Rechtes — erforderte große Mühewaltung. Dazu trat — immer abgesehen von der eigentlichen Arbeit der Formulirung des Gesetzentwurfes selbst — die Ausarbeitung sehr umfangreicher Motive. Im ganzen füllen die Vorarbeiten der Redaktoren, einschließlich „der die Einführung des Gesetzbuches betreffenden Arbeiten", sowie der gedruckten Zusammenstellungen und Theilentwürfe der Kommission (s. unten S. 71 f.), neunzehn nur für den internen Gebrauch der Kommission gedruckte Bände in Folio.

1879 war der Theilentwurf des Erbrechtes vollendet und wurde gedruckt; 1880 folgten im Drucke die Theilentwürfe des Familienrechtes und des Sachenrechtes. Die Kommission hatte beschlossen, nicht in die Berathung einzelner Theilentwürfe einzutreten, vielmehr die Berathungen erst nach Vollendung sämmtlicher Theilentwürfe zu beginnen. Die Fertigstellung des allgemeinen Theiles verzögerte sich wegen der hier zu überwindenden besonderen Schwierigkeiten, ist aber schließlich doch noch rechtzeitig gelungen. Dagegen übte es auf den Beginn der Berathungen der Gesammtkommission einen erheblich verzögernden Einfluß, daß der Entwurf des Rechtes der Schuldverhältnisse durch eine, schließlich, wie erwähnt (S. 60), tödtlich verlaufene, schwere Krankheit des Redaktors erheblich im Rückstande blieb. Man wollte die Hoffnung auf die Genesung des ausgezeichneten Mannes nicht aufgeben, man wünschte, ein Werk seiner Feder den Berathungen zu Grunde legen zu können; allein diese Aussicht erwies sich als

Digitized by Google

trügerisch. Der Theilentwurf des Obligationenrechtes ist nie vollendet worden, den späteren Berathungen der Gesammtkommission hat im wesentlichen der sog. Dresdener Entwurf (s. oben § 10) zu Grunde gelegt werden müssen.

Die in Nr. 3 der Instruktion für die Redaktoren (S. 66) vorgesehenen Besprechungen derselben fanden wöchentlich statt, die erste am 29. September 1874; der in Nr. 5 der Instruktion (S. 67) vorgesehene Auftrag zur Leitung der Besprechungen und die Vermittelung des Verkehres mit dem Vorsitzenden war von diesem dem Obertribunalsrath Johow übertragen.

Um die in Nr. 8 derselben Instruktion (S. 68) vorgesehenen Entscheidungen zu treffen und über den Fortgang der Arbeiten zu beschließen, ist auch die Gesammtkommission während dieser ersten Arbeitsperiode mehrmals — im ganzen sechsmal — zu Berathungen zusammengetreten. Es fanden statt:

a) vom 4. bis 28. Oktober 1875 15 Sitzungen;
b) vom 18. September bis 25. Oktober 1876 23 Sitzungen;
c) vom 17. September bis 20. Oktober 1877 21 Sitzungen;
d) vom 4. bis 23. Oktober 1878 13 Sitzungen;
e) vom 30. Oktober bis 2. November 1879 4 Sitzungen;
f) am 28. und 29. Dezember 1880 2 Sitzungen.

Was in diesen Sitzungen im einzelnen berathen und beschlossen wurde, hatte, solange man daran das Fortschreiten des Werkes erkennen konnte, naturgemäß großes Interesse. Gegenüber dem vollendeten Werke kommen die einzelnen gefaßten Beschlüsse[1]) nicht mehr in Betracht, sie sind in den nachmaligen Gesammtberathungen geändert und hatten für diese keine präjudizielle Bedeutung.

In der letzten Berathung (Ende 1880) beschloß die Kommission, am 1. Oktober 1881 zur sachlichen Berathung der Redaktoren-Entwürfe zusammenzutreten. Diese Absicht ist ausgeführt worden, und damit beginnt die zweite Periode der Arbeit.

---

[1]) Einzelne Mittheilungen über diese finden sich in dem mehrerwähnten Separatabdruck Nr. 5 aus dem Reichsanzeiger von 1877 (s. oben S. 44 Anm. 1) S. 22 ff. (über die Berathungsperiode von 1875) und S. 30 f. (über die Berathungsperiode von 1876); ferner bei Gruchot Bd. 21 S. 235 ff. und weiter. Bd. 23 S. 83 (über die Berathungsperiode von 1878), Bd. 23 S. 429 (über die Berathungsperiode von 1879). — Die Angaben, welche über Einziehung von Gutachten und Auskünften seitens der Kommission in dem erwähnten Separatabdruck S. 20 ff., 24 ff gemacht sind, entbehren jetzt des Interesses.

Digitized by Google

b) Zweite Periode: Die Berathungen der Gesammtkommission.

§ 21.

Am 1. Oktober 1880 trat die Gesammtkommission zur Berathung auf Grundlage der Theilentwürfe — bezw. für einen Theil des Obligationenrechtes auf Grundlage des Dresdener Entwurfes (s. oben S. 70) — zusammen. Die von der Kommission für diese Berathungen beschlossene Geschäftsordnung ist nicht veröffentlicht worden. Ueberhaupt sind über den Gang dieser Arbeit keinerlei nähere Mittheilungen in die Oeffentlichkeit gedrungen. Die eingehendste, anscheinend aus Kreisen der Kommission stammende Schilderung[1]) lautet wörtlich, wie folgt:

> „Die Kommission hatte sich bereits im Jahre 1874 für ein System entschieden, nach welchem das künftige Gesetzbuch aus fünf Büchern zu bestehen hätte: Allgemeiner Theil; Recht der Schuldverhältnisse; Sachenrecht; Familienrecht; Erbrecht." (Vgl. oben S. 64.) „In dieser Reihenfolge sind die Theilentwürfe der Redaktoren berathen worden. Die Schwierigkeiten, welche bei den Berathungen hervortraten, waren nicht leicht zu überwinden. Bei aller Mühe und Sorgfalt, welche die Redaktoren auf die Ausarbeitung und Formulirung ihrer Vorschläge verwandt hatten, konnten doch ihre Arbeiten die Individualität der Verfasser nicht verleugnen, so daß die Theilentwürfe, mit einander verglichen, in Form und Inhalt die größten Verschiedenheiten zeigten. Dieser Umstand erschwerte die Aufgabe der Kommission ungemein. Von der Bestellung eines Generalreferenten zur Herstellung der nothwendigen Harmonie wurde gleichwohl Abstand genommen. Vielmehr wurde ein Redaktionsausschuß gebildet, welcher aus dem Vorsitzenden der Kommission, aus dem Präsidenten von Weber und aus dem betreffenden Redaktor bestand. Der Vorsitzende stellte die in der Kommission beschlossenen Vorschriften in formulirten Gesetzesparagraphen zusammen. Diese „vorläufige Zusammenstellung" wurde allen Mitgliedern der Kommission mitgetheilt. Der Ausschuß prüfte dann die erhobenen Ausstellungen und Gegenvorschläge und setzte nach mündlicher Berathung den Wortlaut der Paragraphen fest. Jeder auf

[1]) In von Kirchenheims Centralbl. f. Rechtswissenschaft Bd. 7 S. 203 f.

Digitized by Google

diese Weise hergestellte neue Theilentwurf[2]) wurde einer Nachprüfung durch die Kommission selbst unterzogen[3]) und im Fortgang der Berathungen, sobald ein Beschluß die Aenderung, Ergänzung oder Aufhebung eines früheren Beschlusses nöthig machte, ohne Verzug berichtigt. Nachdem das geschilderte Verfahren in Ansehung aller fünf Theilentwürfe abgeschlossen war, lag der „„Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (Erste Berathung)““ vor."

Demnächst ist dieser Gesammtentwurf zum Zwecke der endgültigen Feststellung einer allgemeinen Revision unterzogen worden, welche am 30. September 1887 begann und bis gegen Ende Dezember dauerte und aus welcher der demnächst dem Reichskanzler überreichte (vergl. § 22) Entwurf hervorging.

Die Gesammtarbeit der Kommission hat sonach 13 Jahre und 4 Monate erfordert, von welchen 7 Jahre und 1 Monat auf die Arbeit der Redaktoren und 6 Jahre und 3 Monate auf die Berathungen der Gesammtkommission entfallen.

Während der letzteren Periode hat die Kommission, mit Ausnahme von Erholungsferien im Sommer, in der Regel wöchentlich drei Sitzungen gehalten; über jede derselben ist von einem der Hülfsarbeiter ein Protokoll aufgenommen worden, dessen Verlesung und Feststellung alsdann in einer weiteren (vierten) wöchentlichen Sitzung erfolgte. Diese Protokolle (im ganzen 734) sind nicht gedruckt, sondern nur in einer kleinen Zahl von Exemplaren metallographirt worden.[4]) Sie

---

[2]) Alexander-Katz a. a. O. (vgl. S. 44 Anm. 1) S. 7 nennt diese die „definitive Zusammenstellung von Beschlüssen".

[3]) Von Alexander-Katz a. a. O. S. 8 als „Kommissionsentwurf" bezeichnet.

[4]) Mit Recht ist man mit der Mittheilung der Redaktorenvorlagen und der Kommissionsprotokolle im höchsten Grade zurückhaltend gewesen und hat dieselben als nur für den internen Kommissionsgebrauch bestimmt behandelt. Gleichwohl scheinen einzelne Exemplare ihren Weg in außerhalb der Kommission stehende, namentlich akademische Kreise gefunden zu haben. Es wäre unseres Erachtens unrecht, ja höchst bedauerlich, wenn von diesem Materiale bei der demnächstigen Kritik Gebrauch gemacht würde. So wenig ein Autor, dessen Kollektaneen, Notizen, Entwürfe und Konzepte in dritte Hand gelangt sind, dulden würde, daß hierauf bei der Kritik seines Werkes zurückgegangen würde, ebensowenig braucht sich die Kommission ein solch ungehöriges Verfahren gefallen zu lassen. Sollte das Werk aus einer Kollegialberathung hervorgehen, so mußte eben jedes einzelne Mitglied in dem Kollegium verschwinden, seine

Digitized by Google

umfassen 12 309[5]) Folioseiten und geben die zur Berathung stehenden Vorschriften der Theilentwürfe, die Anträge der Mitglieder, die gefaßten Beschlüsse und zugleich deren Begründung vollständig wieder.

Verglichen mit dem ursprünglichen Arbeitsplane, wie ihn die Vorkommission in Vorschlag gebracht hatte (Nr. VII 4—6 der Vorschläge — oben S. 53 f.), zeigt das Verfahren der Kommission mehrfache Abweichungen. Es hat nicht eine Berathung der einzelnen Theilentwürfe, sondern erst aller Theilentwürfe zusammen stattgefunden. Die Bestellung eines Hauptreferenten ist unterblieben, vielmehr ist die diesem zugedachte Arbeit theils von dem Redaktionsausschusse, theils von der Gesammtkommission übernommen worden. Es war eine naturgemäße Folge des veränderten Verfahrens, daß greifbare Ergebnisse der Berathungen erst später zu Tage traten. Dies hat zu lebhaften Klagen geführt;[6]) ja sogar an Spott hat es nicht gemangelt.[7]) Die Kommission hat sich hierdurch nicht beirren lassen: der Erfolg der gründlichen Vorarbeiten war die unverhältnißmäßig schnelle Beendigung der Schlußrevision in nur drei Monaten. Jedenfalls wäre es verfehlt, dem vollendeten Werke gegenüber noch an der Zeit der Herstellung zu mäkeln.

4. Die Ueberreichung und Veröffentlichung des Entwurfes.

§ 22.

Die vom Bundesrathe gebilligten Vorschläge der Vorkommission hatten zwar (s. oben S. 54 Nr. VIII) eine Veröffentlichung des in erster Lesung festgestellten Entwurfes nebst Motiven und eine Mittheilung desselben an die Bundesregierungen vorgesehen. Darüber, wer diese Maßnahmen zu veranlassen habe, war nichts gesagt. Der Vorsitzende der Kommission überreichte unter dem 27.[1]) Dezember 1887 den Entwurf dem Reichskanzler. Der Inhalt dieses Berichtes ist

---

Ansichten, seine Anträge mußten in dem Ergebniß der Gesammtberathungen aufgehen. Ja, es läge eine starke Indiskretion darin, wollte man das Schicksal der einzelnen Anträge an die Oeffentlichkeit ziehen.

[5]) So nach der amtl. Ausg. des Entw. S. VI. — In von Kirchenheims Centralbl. Bd. 7 S. 214 ist die Zahl auf 12 314 angegeben.

[6]) So noch aus dem Jahre 1886 mit besonderer Schärfe Rassow in Gruchots Beitr. Bd. 30 S. 115.

[7]) von Völderndorff in der Krit. Vierteljahrsschr. f. Gesetzg. u. Rechtswissensch. Bd. 29 S. 89 i. d. W.: „je länger die bereits prähistorisch werdende Civilgesetzkommission in Berlin zu ihrem opus mirabile braucht".

[1]) Nicht 31., wie Alexander-Katz a. a. O. S. 8 angiebt.

Digitized by Google

amtlich nicht veröffentlicht; wohl sind eine Anzahl von Auszügen aus demselben in den Tagesblättern erschienen. Hiernach enthielt derselbe einige Mittheilungen über die Entstehung des Entwurfes, über die Ausarbeitung von Motiven zu demselben, über die im Falle der Einführung noch erforderlichen Nebengesetze.[2]) Der Entwurf ist bezeichnet als „Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Erste Lesung" und enthält 2164 Paragraphen.

Nach den Beschlüssen der Vorkommission sollten, wie erwähnt, dem Entwurfe Motive beigegeben werden. Das Material zu solchen Motiven war vollständig enthalten in den von den Redaktoren ausgearbeiteten Motiven zu den Vorentwürfen (S. 69) und in den Berathungsprotokollen (S. 72 f.). Im Hinblick auf den Umfang dieses, die volle Rechenschaft über die Arbeit der Kommission enthaltenden Materials sind gedrängtere, die Uebersicht und Aufklärung erleichternde Motive zu dem Entwurfe aufgestellt worden. Die Ausarbeitung derselben ist durch die Hülfsarbeiter, zum Theil unter Anleitung der Redaktoren, erfolgt. Einer Prüfung und Genehmigung durch die Gesammtkommission haben dieselben nicht unterlegen.

Der Reichskanzler legte den Entwurf dem Bundesrathe vor, welcher auf Antrag des Ausschusses für Justizwesen am 31. Januar 1888 beschloß:

1. Der in erster Lesung festgestellte Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich und die auf Grund der von den Redaktoren ausgearbeiteten Motive zu den Vorentwürfen und der Berathungsprotokolle der Kommission aufgestellte Begründung des Entwurfes werden veröffentlicht.
2. Der Herr Reichskanzler wird ersucht, zur Ausführung des Beschlusses das Erforderliche zu veranlassen und denselben mit dem Beifügen zu veröffentlichen, daß Besprechungen des Entwurfes bei dem Herrn Reichskanzler (Reichs-Justiz-Amt) eingereicht werden können.
3. Bestimmung über die zweite Lesung des Entwurfes bleibt vorbehalten.

Durch die Nr. 3 des Beschlusses hat der Bundesrath es abgelehnt, den von der Vorkommission vorgeschlagenen Weg der Bewerkstelligung der zweiten Lesung (s. oben S. 55 Nr. IX) ohne erneute Prüfung und Beschlußfassung als in Folge des Beschlusses vom 22. Juni 1874 (s. oben S. 58) bindend anzuerkennen.

---

[2]) Der letztere Theil des Berichtes ist im Zusammenhange abgedruckt bei Alexander-Katz a. a. O. S. 8—19.

Digitized by Google

Die Ausführung des Beschlusses ist in der Weise erfolgt, daß der Verlagsbuchhandlung von J. Guttentag (D. Collin) in Berlin und Leipzig die Herstellung und Verbreitung der amtlichen Ausgabe übertragen wurde. Von derselben sind demnächst ausgegeben worden:

1. Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Erste Lesung. Ausgearbeitet durch die vom Bundesrathe berufene Kommission. XVI und 516 S.
2. Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. I. Allgemeiner Theil. 395 S.
3. Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. II. Recht der Schuldverhältnisse. 895 S.
4. Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. III. Sachenrecht. 869 S.
5. Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. IV. Familienrecht. 1274 S.
6. Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. V. Erbrecht. 711 S.

Sämmtliche Bände tragen den Vermerk „Amtliche Ausgabe".

Die dem Entwurfe selbst beigegebene, im Reichs-Justiz-Amt ausgearbeitete Einleitung schließt mit den Worten:

> „Demgemäß wird das Werk hiermit zur allgemeinen Kenntniß gebracht. Es kann nur willkommen sein, wenn nicht bloß die Vertreter der Rechtswissenschaft und die zur Rechtspflege Berufenen, sondern auch die Vertreter wirthschaftlicher Interessen von demselben Kenntniß nehmen und mit ihren Urtheilen und Vorschlägen zur Verwerthung für die weitere Beschlußfassung über den Entwurf hervortreten. Solche Kundgebungen können bei dem Reichskanzler (Reichs-Justiz-Amt) eingereicht werden."

5. Die der Kommission noch obliegenden Arbeiten.

§ 23.

Mit der Vollendung des Hauptentwurfes hat die Kommission ihre Aufgabe noch nicht als gelöst betrachtet; sie erachtet vielmehr — abgesehen von der Revision des Handelsgesetzbuches (s. oben S. 50 f., 55, 58)[1] — noch folgende Nebengesetze als in Folge der Einführung des Entwurfes erforderlich:

---

[1] Vgl. hierüber auch den Bericht des Vorsitzenden vom 27. Dezbr. 1887 bei Alexander-Katz a. a. O. S. 9 f. zu a. S. auch Anm. zu § 693 und zu § 1196 d. Entwurfes (amtl. Ausg. S. 153, 272).

Digitized by Google

1. Ein Einführungsgesetz,[2]) dessen Aufgabe es sein soll, „den Zeitpunkt zu bezeichnen, in welchem das bürgerliche Gesetzbuch in Geltung tritt, den räumlichen Geltungsbereich desselben zu bestimmen, den Begriff vom Gesetze, sowie den einem Vorbehalte für die Landesgesetze beiwohnenden Sinn zu verdeutlichen, und die nur transitorischen, namentlich die auf die bestehenden oder noch schwebenden Rechtsverhältnisse sich beziehenden Rechtsnormen aufzustellen", sodann „die Fragen, inwiefern das bisher geltende materielle Privatrecht durch das bürgerliche Gesetzbuch verdrängt und aufgehoben werde, also in welchem Umfange das bürgerliche Gesetzbuch auf dem Prinzipe der Kodifikation beruhe, klar und bestimmt zu entscheiden."[3]) Weiter soll das Einführungsgesetz bestimmen, „inwiefern die Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches auf die privatrechtlichen Verhältnisse der Landesherren und der Mitglieder der landesherrlichen Familien, sowie der fürstlichen Familien Hohenzollern Anwendung finden, und inwiefern die privatrechtlichen Verhältnisse der vormals reichsständigen, seit 1806 mittelbar gewordenen Familien nach besonderen, von den Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches abweichenden Rechtsnormen zu beurtheilen sind."

An anderen Stellen des Berichtes werden weiter noch als Gegenstände des Einführungsgesetzes bezeichnet:

a) die reichsgesetzliche Normirung der Erbfolge in bäuerliche Grundstücke, welche allerdings nur in der Weise beabsichtigt ist, daß die betreffenden Rechtsnormen nur dann und insoweit Anwendung finden sollen, „als deren Geltung für das ganze Gebiet oder gewisse Gebietstheile eines Bundesstaates durch Landesgesetz bestimmt wird, wobei zugleich der Landesgesetzgebung noch die Befugniß gewahrt bleiben muß, die eine oder die andere Rechtsnorm zu modifiziren oder von der Anwendung auszuschließen."[4])

---

[2]) Vgl. den Bericht vom 27. Dezember 1887 bei Alexander-Katz a. a. O. S. 8—12.

[3]) Der angef. Bericht enthält gleichzeitig bereits eine eingehende Darlegung, von welchen Grundsätzen in dieser Hinsicht bei Aufstellung des Entwurfes ausgegangen worden ist. Die bezüglichen Ausführungen gehören, weil nicht die Entstehungsgeschichte, sondern den Inhalt des Entwurfes betreffend, nicht in die gegenwärtige Darstellung. Das Gleiche gilt von den Mittheilungen des Berichtes über die Stellung der Kommission zu der Frage, ob in den Entwurf Vorschriften des internationalen Privatrechtes aufzunehmen seien (vgl. bei Alexander-Katz S. 18).

[4]) S. den angef. Bericht bei Alexander-Katz a. a. O. S. 16 ff., wo dieser Standpunkt auch näher begründet ist.

Digitized by Google

b) Vorschriften über die zeitliche Kollision des bürgerlichen Gesetzbuches mit älteren Rechtsnormen.[5])

Aus der großen Bedeutung des Einführungsgesetzes erklärt es sich, daß auch in den dem Entwurfe beigegebenen Anmerkungen an zahlreichen Stellen auf Vorschriften verwiesen wird, welche in jenem Gesetze zu treffen sein würden.[6])

Der Entwurf eines Einführungsgesetzes war insoweit vorbereitet, als von jedem Redaktor für den ihm zur Bearbeitung überwiesenen Theil des Gesetzbuches und für das Obligationenrecht von dem Hülfsarbeiter Ege unter Nachprüfung Kurlbaums ein Vorentwurf ausgearbeitet war. Die Kommission hat alsbald nach Ueberreichung des Hauptentwurfes die Berathungen über diese Entwürfe begonnen und die Berathung des Einführungsgesetzes bereits zum Abschlusse gebracht.

2. Ferner hat die Kommission als zur Ergänzung des Immobiliarsachenrechtes erforderlich erachtet die Erlassung einer über das formelle

---

[5]) S. a. a. O. S. 18 f.

[6]) Solche auf das Einführungsgesetz verweisende Anmerkungen finden sich:

zu	amtl. Ausg. Seite	zu	amtl. Ausg. Seite
§ 63	14	§ 1070	244
§ 71	17	§ 1105	252
§ 107	25	§ 1123	256
§ 365	80	§ 1245	283
Buch II, Abschn. 2, Tit. 14	145	§ 1250	285 ff.
§ 693	153	§ 1276	294
§ 697	155	§ 1314	304
§ 736	164	§ 1327	307
§ 746 u. § 747	168	§ 1375	321
Buch III	176 f.	§ 1451	345
§ 787	178	§ 1476	351
§ 831	189	§ 1478	352
§ 837	190	§ 1632	386
§ 846	193	§ 1634	387
§ 903	206	§ 1892	448
§ 949	217	§ 1914	454
Buch III, Abschn. 7, Tit. 1	221	§ 1924	457
§ 977	224	§ 1929	459
Buch III, Abschn. 7, Tit. 3	238	§ 1951	465
Buch III, Abschn. 8	239	§ 1974	471
§ 1056	240	§ 2057	490
Buch III, Abschn. 9, Tit. 1	241	§ 2121	506
§ 1062	243	§ 2156	514

Digitized by Google

Verfahren in Grundbuchsachen bestimmenden Grundbuchordnung.[7]) Dieselbe soll das Grundbuchwesen und das Verfahren der mit der Führung der Grundbücher beauftragten Behörden (Grundbuchämter) insoweit einheitlich ordnen, als die einheitliche Geltung der materiellen Vorschrift des bürgerlichen Gesetzbuches erfordert.[8]) Ein Entwurf nebst Motiven ist von dem Redaktor des Sachenrechtes ausgearbeitet und wird gegenwärtig (Juni 1888) von der Kommission berathen.

3. Weiter soll ein Entwurf zu einem besonderen Reichsgesetze über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen ausgearbeitet werden, welches sowohl die materiell-rechtlichen als die auf das Verfahren bezüglichen Vorschriften enthalten soll, und dessen Ausarbeitung von dem Redaktor des Sachenrechtes in Angriff genommen ist.[9])

4. „Mit der Einführung des bürgerlichen Gesetzbuches ist die Erlassung besonderer reichsgesetzlicher Vorschriften angezeigt, durch welche das Verfahren in den das Familienrecht betreffenden Angelegenheiten, insbesondere in Vormundschaftssachen, insoweit einheitlich geordnet wird, als sonst die einheitliche Geltung der materiellen Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches eine Beeinträchtigung erleiden würde. Die besonderen Vorschriften werden namentlich zu bestimmen haben: über die Zuständigkeit der Vormundschaftsbehörden, über die Anzeigepflicht, über die Voraussetzungen der Wirksamkeit der von den Vormundschaftsbehörden erlassenen Verfügungen und über die Wirkung einer im Rechtsmittelverfahren ergangenen abändernden Entscheidung."[10]) Der Redaktor des Familienrechtes hatte einen viel weiter gehenden bezüglichen Entwurf mit Motiven zur Vorlage gebracht, welcher bedeutend vereinfacht und in

---

[7]) Vgl. hierüber den angef. Bericht bei Alexander-Katz a. a. O. S. 12 f. — Verweisungen auf die zu erlassende Grundbuchordnung finden sich im Entwurfe in den Anmerkungen:

zu	amtl. Ausg. Seite	zu	amtl. Ausg. Seite
Buch III	177	§ 840	191
§ 787	178	§ 1062	242
§ 827 und § 828	187	§ 1107	253
§ 833	189	§ 1110	254
§ 837	190	§ 1208	274

[8]) Anm. zu Buch III des Entwurfes zu Nr. III (amtl. Ausg. S. 177).

[9]) S. angef. Bericht bei Alexander-Katz S. 13 f. — Verweisungen enthalten die Anmerkungen zu Buch III Abschn. 3 und zu § 1067 des Entwurfes (amtl. Ausg. S. 186, 243).

[10]) Anm. zu Buch IV des Entwurfes (amtl. Ausg. S. 279).

Digitized by Google

vereinfachter Gestalt auf die noch übrigen Extrajudizialsachen, namentlich die Nachlaßsachen auszudehnen sein wird, wobei auch die Berücksichtigung der Grundbuchsachen nicht ausgeschlossen wäre. [11])

---

[11]) S. den angef. Bericht bei Alexander-Katz S. 15.

Bezüglich der vorstehend zu 1 bis 4 erwähnten Nebengesetze hat der Bundesrath am 14. Juni 1888 beschlossen, der Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches außer der Ausarbeitung des Entwurfes eines Einführungsgesetzes die Ausarbeitung von Entwürfen einer Grundbuchordnung, eines Gesetzes über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen und, soweit hierzu der Kommission bis zu dem von dem Vorsitzenden derselben in Aussicht genommenen Termine (31. März 1889) Zeit verbleibt, auch die Ausarbeitung von Vorschriften zu übertragen, welche zur einheitlichen Durchführung der Bestimmungen des Gesetzbuches für das Verfahren in den Angelegenheiten der nicht streitigen Rechtspflege erforderlich sind. Damit hat die bezügliche Thätigkeit der Kommission ihre amtliche Grundlage erhalten.

Digitized by Google

Schluß.

§ 24.

Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich ist zu dem Zwecke veröffentlicht worden, um durch möglichst zahlreiche und vielseitige Beurtheilungen desselben reiches Material für die zweite Lesung zu gewinnen. Die Kritik ist somit nicht nur Recht, sondern sogar Pflicht jedes Berufenen, vor Allem der deutschen Rechtswissenschaft. Diese Beiträge sind bestimmt, zur Lösung jener Aufgabe das Ihrige beizutragen.

Ehe an diese Arbeit herangetreten wird, ist in vorliegendem Hefte die Entstehungsgeschichte des Entwurfes darzustellen versucht worden. Es fragt sich, ob nicht aus ihr auch Gesichtspunkte entnommen werden können, welche für die kritische Aufgabe sich als fruchtbringend erweisen.[1])

Das Streben nach einem einheitlichen bürgerlichen Rechte erfüllt als nationaler Wunsch die deutsche Rechtsgeschichte seit dem Jahre 1814. Die Rechtswissenschaft wie der Juristenstand, die Organe der Einzelstaaten wie die Gesammtvertretungen Deutschlands haben die Nothwendigkeit einer Reform des Civilrechtes, und zwar im Sinne thunlichster Rechtseinigung, erkannt und dieselbe erstrebt. Bei jeder lebhaften Erregung des Volksbewußtseins, nach den Freiheitskriegen, in den Stürmen von 1848/49, nach dem Jahre 1866, nach dem großen Aufschwunge des Jahres 1870 — immer wieder taucht jener Wunsch auf. „Das Streben nach einer Rechtseinheit ist eben eine nothwendige Voraussetzung des nationalen Staates.“ [2])

Das einheitliche bürgerliche Recht ist nicht eine nützliche Einrichtung, welche aus Zweckmäßigkeitsgründen für sämmtliche Bundesstaaten

---

[1]) Es bedarf wohl keiner Hervorhebung, daß die folgenden Ausführungen lediglich die Anschauungen des Verfassers des gegenwärtigen Beitrages wiedergeben und keineswegs ein Programm enthalten, welches für die übrigen Beiträge bestimmend wäre.

[2]) Worte Miquels, s. oben S. 35.

Digitized by Google

gleichmäßig geordnet werden soll. Es ist eine nothwendige Forderung, welche mit jeder Staatseinheit von selbst gegeben ist, aus ihr herauswächst. Der Staat, auch der Bundesstaat, ohne Rechtseinheit, erfüllt, wenn anders die Pflege des Rechtes einer der vornehmsten Zwecke des Staates ist, nicht die aus seinem Wesen folgenden Aufgaben.

Aus diesen, durch die historische Entwickelung gegebenen Sätzen folgt, daß die Erreichung des Zieles, welches der Entwurf sich setzt, eine nationale Angelegenheit von höchster Bedeutung ist, daß die bloße Thatsache der Rechtseinheit, ganz abgesehen von dem materiellen Werthe des Inhaltes der einheitlichen Rechtssätze, ein wesentliches Glied unserer nationalen Entwickelung bildet.

Die Entstehungsgeschichte des Entwurfes zeigt ferner die außerordentlichen Schwierigkeiten, mit welchen die Ausführung jeder Privatrechtskodifikation in Deutschland zu kämpfen hatte. In den Einzelstaaten, wie im Deutschen Bunde, ja auch im Reiche und bei Aufstellung des gegenwärtigen Entwurfes: wie viele Mühen, wie viele vergeblich aufgewandte Geistesarbeit, wie viele Enttäuschungen! Man betrüge sich nicht: der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches ist keine Arbeit, die man in der einen Gestalt verwerfen könnte, um sie in neuer sofort wieder zu beginnen. Ueberall, wo die Versuche der Kodifikation scheiterten, hat es an der Kraft gefehlt, das Werk wieder aufzunehmen und zu vollenden.

Fragen wir weiter nach den Gründen, die so oft den Mißerfolg der Bestrebungen veranlaßt haben, über welche in diesen Blättern zu berichten war, so steht die maßlose Kritik in vorderster Reihe. Sie verschuldete das Scheitern des bayerischen Entwurfes, sie gefährdete ernstlich das sächsische bürgerliche Gesetzbuch und verhinderte seine Ausdehnung auf Anhalt und Thüringen, sie hätte ohne Preußens, Oesterreichs und Bayerns Machtspruch das Handelsgesetzbuch zu Falle gebracht.

Der Kritik erwächst aus dieser Erfahrung eine schwere Verantwortung. Sie muß sich bewußt sein, daß sie durch einen ungünstigen Wahrspruch nicht nur den gegenwärtigen Entwurf gefährdet. Wir sind der festen Ueberzeugung: gelingt es nicht, auf Grund dieses Entwurfes jetzt zu einem bürgerlichen Gesetzbuche zu gelangen, so ist es um ein solches für absehbare Zeit überhaupt geschehen. Das wäre ein nationales Unglück.

Wir wollen darum keineswegs der Kritik die Augen verbinden, ihr die Pflichtwidrigkeit ansinnen, den Entwurf zu billigen, damit nur etwas zu Stande komme. Wohl aber folgen unseres Erachtens aus jenen historischen Erfahrungen gewisse nothwendige Schranken der Be-

Digitized by Google

urtheilung. Vor allem wird man — und das ist in Deutschland besonders wichtig — den Maßstab der Vergleichung mit dem Bestehenden nur mit größter Vorsicht anlegen dürfen. Wenn der Entwurf an die Stelle von drei großen Rechtssystemen, auf gewissen Gebieten an die Stelle von Hunderten von Partikularrechten zu treten bestimmt ist, so ist sehr wohl möglich, daß er hier und da nicht Besseres, sondern minder Gutes bringt — wenigstens Neues, was den in dem Bestehenden Befangenen als minder gut erscheint. Dem gegenüber ist zu erwägen, daß auch die Einheit ein Gut ist, und daß von dem großen Fortschritte, welcher in der Einheit liegt, auch nach Abzug des etwaigen Rückschrittes in der Einzelvorschrift fast immer ein Rest verbleibt.

Sodann aber beherzige man das Sprüchwort, daß das Bessere oft der Feind des Guten ist. Man mäkele und nörgele nicht am Kleinen, man frage nicht, ob etwas vorzüglicher hätte gemacht werden können, wenn das Gebotene nur brauchbar ist. Nur wenn dem „tolerari posse“ weiter Spielraum gewährt wird, ist Hoffnung auf das Gelingen.

Ob nicht trotz dieser aus den geschichtlichen Erfahrungen abgeleiteten Selbstbeschränkungen die gewissenhafte Kritik dazu gelangen wird, den Entwurf aus guten Gründen als zur Einführung nicht geeignet zu verwerfen, das muß die Zukunft lehren. Wäre dies das Ergebniß, dann wäre eben die Geschichte der erfolglosen deutschen Kodifikationsbestrebungen um ein Blatt reicher. Wir hoffen um des deutschen Volks- und Rechtslebens willen, der Entwurf werde seine Feuerprobe bestehen und auf seinem Grunde werde ein Werk errichtet werden, welches, wie es das preußische Landrecht trotz seiner vielberufenen Mängel thun wird, seinen hundertjährigen Geburtstag in frischer Lebenskraft feiert, nachdem es Generationen den Segen eines klaren, gerechten und volksthümlichen bürgerlichen Rechtes gespendet hat.

Druck der Norddeutschen Buchdruckerei, Berlin SW., Wilhelmstr. 32.

Digitized by Google

Digitized by Google

Beiträge

zur Erläuterung und Beurtheilung

des Entwurfes

eines

Bürgerlichen Gesetzbuches

für das Deutsche Reich.

Unter Mitwirkung

von

Dr. **F. Bernhöft**, Professor in Rostock, Dr. **K. Cosack**, Professor in Berlin, Dr. **E. Eck**, Geh. Justizrath und Professor in Berlin, Dr. **O. F. Gierke**, Geh. Justizrath und Professor in Berlin, Dr. **R. Koch**, Vicepräsident des Reichsbankdirectoriums, Dr. **J. Krech**, Kaiserl. Geh. Regierungsrath in Berlin, Dr. **F. E. von Liszt**, Professor in Marburg, **E. Meischeider**, Reichsgerichtsrath, Dr. **J. Petersen**, Reichsgerichtsrath, Dr. **R. Schröder**, Geh. Hofrath und Professor in Heidelberg, Dr. **L. Seuffert**, Professor in Würzburg, **F. Vierhaus**, Oberlandesgerichtsrath in Cassel, Dr. **E. Zitelmann**, Professor in Bonn

herausgegeben

von

E. J. Bekker, Geheimrath und Professor in Heidelberg, und **O. Fischer**, Professor in Greifswald.

Zweites Heft:

E. J. Bekker, System und Sprache des Entwurfes.

Berlin und Leipzig.

Verlag von J. Guttentag

(D. Collin).

1888.

Digitized by Google

System und Sprache

des Entwurfes

eines

Bürgerlichen Gesetzbuches

für das Deutsche Reich.

Von

Dr. Ernst Immanuel Bekker,

Geheimrath und Professor der Rechte zu Heidelberg.

Berlin und Leipzig.

Verlag von J. Guttentag

(D. Collin).

1888.

Digitized by Google

MAY 28 1910

Digitized by Google

Inhalt.

		Seite
§ 1.	Einleitung	1
§ 2.	Die Umgrenzung	3
§ 3.	Ordnung des Stoffes	7
§ 4.	Lücken	9
§ 5.	Ueberflüssiges	13
	Unfertige Grundbegriffe:	
§ 6.	Objektives Recht; Wissenschaft	21
§ 7.	Die subjektiven Rechte	29
§ 8.	Rechtsgeschäfte	36
§ 9.	Definitionen	46
	Sprachliche Sünden:	
§ 10.	Mangel der Volksthümlichkeit	50
§ 11.	Deutschthümeleien	57
§ 12.	Allerlei	68
§ 13.	Ergebniß	73
Anmerkungen		83

Digitized by Google

Digitized by Google

§ 1. Einleitung.

Die größte That des neunzehnten Jahrhunderts ist, soweit unser Auge trägt, die Wiederherstellung des Deutschen Reichs. Noch ist das Werk nicht in allen Einzelheiten vollendet, namentlich bleibt die politische Einigung unfertig, bis die rechtliche hinzugetreten sein wird; und da diese nur auf dem Wege der Gesetzgebung sich erreichen läßt, erscheint ein großes legislatives Werk, ein Codex des gesammten bürgerlichen Rechts für Deutschland als Nothwendigkeit. Der Wunsch ist kein neuer, unmittelbar nach dem Bruch der Fremdherrschaft hatte Thibaut dem Verlangen nach einem „das gesammte bürgerliche Recht umfassenden Gesetzbuch" mit warmen Worten Ausdruck gegeben. Seitdem konnte die Frage von der Tagesordnung nie wieder ganz verschwinden. Daß die Erfüllung so lange ausgestanden, ist nicht schlechthin zu beklagen: die Rechtseinigung, wie sie zu Zeiten des Deutschen Bundes möglich gewesen wäre, hätte nur als kümmerliche Abschlagszahlung auf die nationalen Wünsche angenommen werden können; und auch was wir im Stadium der Vorberathungen und Vorbereitungen gelernt haben, darf nicht gering angeschlagen werden.

Ueber zwei Punkte, über welche früher die Stimmen weit auseinandergingen, giebt es jetzt, und zwar auf Grund der gemachten Erfahrungen, nur noch eine Meinung in ganz Deutschland: über die Nothwendigkeit und über die Schwierigkeit der gesetzgeberischen Arbeit. Nach reiflichster Ueberlegung hat man sich entschlossen und ist dann darangegangen mit deutschem Ernste und deutscher Umsicht. Elf wohlgeschulte Juristen, in der Praxis und Theorie gleich erfahren, vom Bundesrath erlesen aus allen deutschen Landen, haben über dreizehn lange Jahre zusammengesessen, gänzlich ungestört, und mit freier Verfügung über alle Unterstützung, deren sie zu bedürfen glaubten. Aber ihr Werk findet gleichwohl nicht den allgemeinen Beifall, den einst Thibaut für unausbleiblich gehalten, und auf den sie selber wohl früher gezählt. Und doch liegt der Grund der Unzufriedenheit

Digitized by Google

heute sicher nicht darin, daß die elf es zu leicht genommen mit ihrer Aufgabe; eher im Gegentheil, vielleicht gehört mehr leichtes Blut dazu, die größten gesetzgeberischen Werke glatt und glücklich auszuführen.

Bei der Aufnahme aber, die der Entwurf bisher gefunden, ist nicht zu übersehen, daß, gleichviel wie er beschaffen sein mochte, ein gewisser Widerstand unausbleiblich war. Jeder Praktiker und jeder Rechtslehrer lebt sich mit der Zeit mehr und mehr ein in das Recht, das ihn tagtäglich beschäftigt, die Gewöhnung macht es bequem und lieb, das Umlernen ist Allen unbequem, den Meisten unlieb. Zudem befinden wir uns in Deutschland gegenwärtig in besonders übler Lage, vier große Rechtssysteme, des gemeinen, preußischen, französischen und des sächsischen Rechts, stehen nebeneinander, schließt sich der Entwurf dem einen an, so weicht er von den drei andern um so mehr ab. Jeder Jurist stößt darum auf eine große Menge ihm fremder Dinge, die zunächst ihn unbehaglich und fast unheimlich anmuthen. Für das hieraus erwachsende Mißbehagen wird man den Entwurf gerechter Weise nicht verantwortlich machen wollen.

Aber auch die besondere Art und Beschaffenheit des Entwurfs ist schon, und von manchen Seiten streng getadelt worden. Bei ihrer Beurtheilung ist zu scheiden Form und Inhalt, und der Werth von dem einen und dem andern je für sich zu bemessen.

In der Laienwelt ist gemeinhin mehr Interesse für den Inhalt vorhanden als für die Form; man erkundigt sich nach den einzelnen Rechtssätzen, bricht Kauf Miethe? welche Ehescheidungsgründe sind zugelassen? wann und was erbt der überlebende Ehegatte? Die Bedeutung der Fassung wird häufig verkannt, während doch gerade sie zumeist ausschlaggebend ist für den äußeren Erfolg, d. h. dafür, ob ein Gesetz nach der Einführung eines guten oder schlechten Rufes sich zu erfreuen haben wird. Ist dasselbe tadellos geformt, so werden die sachlichen Fehler leichter ertragen, das Volk ergiebt sich ins Unabänderliche und meint, es müsse also sein. Dahingegen machen sich die Schäden der schlechten Fassung immer wieder nach allen Seiten hin geltend; die die es angeht verstehen das Gesetz gar nicht, oder der Eine so der Andere anders, Folge davon Streitigkeiten und Prozesse, auch die Richter bleiben in Zweifel verstrickt, verschiedene Gerichte entscheiden verschieden, und nun wissen die Betheiligten erst recht nicht woran sich halten, und schelten mit vollem Recht auf das vielleicht sehr wohlgemeinte, gut erdachte und nur ungenügend formulirte Gesetz [1]).

Gute Fassung der Rechtsvorschriften ist ebenso schwierig wie

Digitized by Google

wichtig, wogegen die Beurtheilung der Fassung insofern leichter wird, als hier ein gemeingültiger Maßstab nicht fehlt. Der Inhalt, insbesondere die Bestimmung der rechtlichen Folgen derjenigen Thatsachen auf welche das Gesetz sieht, muß verschieden sein nach Ort und Zeit, denn stets soll den Bedürfnissen gerade derjenigen entsprochen werden, für die eben das Gesetz zu geben ist. Diese Bedürfnisse aber sind ebenso mannigfaltig wie im konkreten Falle schwer zu entdecken und festzustellen. Wir stehen großen Massen gegenüber, sind außer Stande mit Allen in Verbindung zu treten, und von denen die uns nahe kommen, fordert der Eine dies, der Andere das. Eine ähnliche Zerfahrenheit kann hinsichts der Formenfragen nicht bestehen[2]); für sie gilt stets als erste Regel, daß die Form ein treues Bild des Inhalts gebe, und die Worte jeden Zweifel über den Willen des Gesetzgebers ausschließen. Größtmögliche Klarheit des Ausdrucks, deren nothwendige Voraussetzung freilich eine ebensolche Klarheit des Gedankens ist.

Nur die Formfragen sollen uns hier beschäftigen, die naturgemäß sich gruppiren um die beiden Punkte, System und Sprache. Aber wie die Prüfung eines Gebäudes sich nicht beschränken dürfte auf die Betrachtung der Façade, ebenso muß auch bei der Würdigung des Systems eines Rechtswerkes der innere Aufbau in die Untersuchung mit hereingezogen werden: wie steht es mit den Grundbegriffen, sind sie fest erfaßt und konsequent durchgeführt? was dann selbstverständlich ohne einiges Eingehen auch auf den Inhalt mancher Vorschriften nicht zu erkunden ist. Also beginnen wir mit dem Umfang des Materials, das nach dem Entwurf dem Gesetzbuch einzufügen wäre (§ 2). Folgt die Betrachtung der äußeren Ordnung (§ 3); sammt den hierbei hervortretenden Lücken (§ 4) und Ueberschüssen (§ 5); dann wenden wir uns zu den geistigen Grundlagen und begegnen einer Reihe von unfertigen Gedanken (§ 6—9). Hieran schließen sich die Sprachfragen im engeren Sinne (§ 10—12). Wieder überwiegt das Unzulängliche; trotz vieler darauf verwendeter Sorgen und Mühen ist der Ausdruck so wenig volksthümlich, wie dem Juristen bequem, nicht deutsch und deutlich, sondern verkünstelt und verschroben. Im letzten Stück (§ 13) versuchen wir zu einem Gesammtergebniß zu gelangen, um uns über die weitere Behandlung der vorgelegten Kommissionsarbeit schlüssig zu machen.

§ 2. Die Umgrenzung.

Der Entwurf begreift in sich nur ein verhältnißmäßig kleines Stück des gesammten bürgerlichen Rechts. In Zuschnitt und Anlage dem sächsischen Gesetzbuch ähnlich, ist sein Umfang in Beziehung auf die gestellte Aufgabe gleichwohl wesentlich beschränkter. Denn einmal

Digitized by Google

ist das Rechtsbedürfniß von Ganzdeutschland größer als das des einen Königreichs, und zudem hat die Masse des Privatrechtsstoffes überhaupt, insbesondere durch die Vermittelung der Reichsgesetzgebung, in den letzten Jahrzehnten bedeutend zugenommen. Ein Vermögen besteht jetzt nicht mehr aus zwei, sondern aus drei großen Gruppen von Rechten, nachdem zu den dinglichen Rechten und den Obligationen die Rechte an unkörperlichen Sachen hinzugekommen sind.

Augenscheinlich daß durch diese Stoffsvermehrung, und desgleichen durch die von socialpolitischen Gedanken getragenen neueren Reichsgesetze die Abgrenzungsfrage erschwert ist. Wie die Grenzlinie gezogen werden mag, immer sind auch Bedenken dagegen zu erheben. Aber gerade diese Bedenken wird man im Augenblicke wohl thun nach Kräften zu unterdrücken, und an den vom Entwurfe angenommenen Grenzbestimmungen möglichst wenig zu rütteln. Jede nicht ganz geringe Erweiterung könnte unberechenbare Folgen nach sich ziehen; zunächst würde eine Umgestaltung des allgemeinen Theils erforderlich, diese müßte auf die anderen Stücke zurückwirken, und schließlich wäre vom ganzen Entwurf vielleicht so gut wie nichts zu retten. Also, ob einverstanden oder nicht, wir betrachten die vom Entwurf angenommene Abgrenzung einstweilen als feststehende Thatsache, und wollen nur versuchen, von den Konsequenzen derselben uns ein Bild zu machen.

Nach der Einführung des Gesetzbuchs, wie es jetzt projektirt ist, wird der Rechtszustand in Deutschland in dem Sinne einheitlich sein, daß nicht mehr ein Richter an erster Stelle das preußische, der zweite das gemeine, der dritte das französische und der vierte das sächsische Recht anzuwenden berufen ist. Aber er wird zugleich nichts weniger als ein einfacher sein, der dem Richter gestattet, das bürgerliche Recht ganz und gar aus einer und derselben Quelle zu schöpfen. Neben dem Gesetzbuch bleiben in Uebung die älteren Reichsgesetze, und werden in Uebung treten neuere Reichsgesetze, dann sind größere Gruppen von Materien der Landesgesetzgebung überlassen, und neben all den Gesetzen werden auch viele Gewohnheiten sich behaupten, die aber zu den Landesgesetzen anders stehen als zu den Reichsgesetzen, auch nicht zu allen einzelnen Landesgesetzen gleich, so wenig wie zu allen einzelnen Reichsgesetzen, zum Handelsgesetzbuch anders als zum bürgerlichen Gesetzbuch. Die Aufgabe des Richters, in den vielen verschiedenartigen und zu einander verschieden sich verhaltenden Quellen sich zurecht zu finden, kann keine leichte werden.

Ein genaues Bild von dem gesammten deutschen Recht der Zukunft zu geben, unterliegt vor der Veröffentlichung des Einführungsgesetzentwurfs besonderen Schwierigkeiten. Zur vorläufigen Orientirung sind der amtlichen Ausgabe des Entwurfs Hinweise auf die bezüglichen

Digitized by Google

zu erwartenden Bestimmungen des Einführungsgesetzes beigefügt, und zwar zu den Paragraphen

63, 71, 107, 365, 660, 693, 697, 736, 746, 747, 778, 787, 826, 828, 831, 833, 837, 840, 846, 903, 949, 966, 977, 1044, 1051, 1056, 1062, 1067, 1070, 1105, 1107, 1110, 1123, 1196, 1208, 1227, 1245, 1250, 1276, 1314, 1327, 1375, 1451, 1476, 1478, 1632, 1634, 1892, 1914, 1924, 1929, 1951, 1974, 2057, 2121, 2156.

Nimmt man die Resultate ganz summarisch, so ergeben sich zunächst zwei größere Massen des dem Gesetzbuch ferngehaltenen Rechts: erstlich alles was durch ältere Reichsgesetze schon geregelt worden ist, zweitens was nicht zum bürgerlichen oder besser Privatrecht im engsten Sinne gehört, namentlich alles was, wenn auch vor die Civilgerichte gehörig, doch nicht ohne Zusammenhang mit dem öffentlichen Recht besteht. Es scheint daß im Hinblick hierauf auch das Recht der juristischen Personen § 41—63 so mager ausgefallen ist. Wer den Entwurf selber nicht durchgesehen hat, wird sich ein Bild von ihm am besten mit der Annahme machen, daß die Kommission ihrer Arbeit irgend ein Durchschnitts-Pandektenkompendium zu Grunde gelegt, im allgemeinen Theile dann wieder gestrichen, aus den übrigen Büchern aber nur das evident Antiquirte fortgelassen habe, was je nachdem durch moderne Gebilde ersetzt worden, am glücklichsten im Erbrecht. Es ergiebt sich, daß im Entwurf wenig zu suchen ist, das nicht auch in den Pandektenbüchern zu stehen pflegt, und daß von dem was hierin zu stehen pflegt nicht weniges fehlt, manches mit, anderes ohne Ersatz.

Noch schwieriger wird es, das Princip zu entdecken, das für die Zuweisung an die Landesgesetzgebung ausschlaggebend gewesen. Ausdrücklich werden S. 176 der amtlichen Ausgabe als ausgeschlossen vom Sachenrecht des Gesetzbuchs genannt:

a) das Wasserrecht u. s. w.,
b) das Forstrecht u. s. w.,
c) das Bergrecht u. s. w.,
d) das Recht der Gemeinheitsteilung u. s. w.,
e) das Recht der Stammgüter u. s. w.,
f) das Enteignungsrecht.

Auffällig ist, daß in dieser Aufzählung „das Wegerecht" fehlt, das auch im Entwurf übergangen und noch durch kein Reichsgesetz geregelt ist. Aber was aus diesen ausgeschlossenen Materien werden soll, wissen wir überhaupt noch nicht, denn „das Einführungsgesetz wird die Stellung des Gesetzbuchs zu diesen Rechtsmaterien und die Zuständigkeit der Landesgesetzgebung für dieselben ergeben" (a. a. O. S. 177). Warum die „Stellung des Gesetzbuchs" zu Materien, mit

Digitized by Google

denen dasselbe sich nicht befaßt, einer besonderen Regelung im Einführungsgesetz bedarf, ist nicht ganz durchsichtig.

Erwägen wir die Konsequenzen der projektierten Rechtsänderung zunächst einmal vom Standpunkt des Universitätslehrers. Auf den ersten Blick scheint alles schön und selbstverständlich:

die Vorlesungen über Handelsrecht und Wechselrecht bleiben gänzlich unverändert;

die Pandekten gehen über in das Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs;

an die Stelle des deutschen Privatrechts tritt ein Kolleg über die Reichsgesetze privatrechtlichen Inhalts, mit Ausschluß des Gesetzbuchs;

wegfallen die Vorträge über das Preußische Landrecht, das französische und das sächsische Recht, wogegen das Recht der einzelnen Landesgesetzgebungen, sowie die neben ihnen in Kraft verbleibenden Gewohnheiten auf die Dauer der akademischen Behandlung nicht vorzuenthalten sein werden. Von diesen Aenderungen ist sicherlich die Umschmelzung des Pandektenrechts in Gesetzbuchrecht die am leichtesten auszuführende. Freilich erscheint das im allgemeinen Theil des Entwurfes Enthaltene durchaus unzulänglich für den Unterricht: wir können, wenn wir von den Rechten handeln, die Rechte an unkörperlichen Sachen nicht außer Acht lassen, die Lehre von den juristischen Personen muß mehr Fleisch und Bein erhalten als aus dem Entwurf zu holen ist ꝛc. Die Abhülfe liegt nahe, im Ganzen bleibt unser allgemeiner Theil wie er bisher gewesen, nur daß die Entwurfssätze mit hineingebracht werden, was nirgends Anstoß geben kann. Aus dem Obligationenrechte kommt einiges in Wegfall, was die meisten gern preisgeben werden, hinzu kommt ganz weniges; im Erbrecht sind die Aenderungen größer, aber nicht schwieriger anzunehmen. Dagegen kommt ins Sachenrecht das Grundbuchrecht, und in das Familienrecht ein eheliches Güterrecht das bisher von den Germanisten behandelt worden ist. Auf das Energischste muß dawider protestirt werden, daß bei diesen Stücken an der alten Lehrweise festgehalten werden könnte. Wenn ich im Sachenrecht des Gesetzbuchs an die Reallasten oder an eine Anwendung des „Hand wahre Hand“ komme, kann ich den Schülern nicht sagen: „Meine Herren, davon verstehe ich nichts, das werden Sie bei meinen germanistischen Kollegen lernen.“ Und habe ich diese Klippen passirt, so werde ich auch am Grundbuchrecht und dem neuen Gattenrecht nicht scheitern. Ueberhaupt ist es hoch an der Zeit, die Studirenden darauf zu verweisen, daß es nur Ein juristisches Denken giebt, nicht ein germanistisches und ein romanistisches. Daß die beiden andern Vorlesungen, über die Extravaganten der Reichsgesetzgebung und über die Landesgesetzgebungen schwieriger einheitlich zu gestalten und über

Digitized by Google

das Niveau von Kommentariensammlungen zu erheben sein dürften, scheint unverkennbar. Einiges könnte, nicht bloß um hier die Buntscheckigkeit des Materials zu mildern, sondern auch weil auf der andern Seite Lücken bleiben, noch in die Gesetzbuchsvorlesung übernommen werden, so das Münzgesetz, aus dem Reichsmilitärgesetz die Militärtestamente, das Anfechtungsgesetz vom 21. 7. 79, das bei den Lehren von der heutigen Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte nicht wohl zu entbehren ist, u. s. w. Immerhin fragt sich, ob auf diesem Wege ein bleibender Gleichgewichtszustand zu erreichen sein wird, oder ob bald größere Aenderungen als unumgänglich erscheinen müssen.

Der Praxis wird voraussichtlich die bloße Kenntniß der gesetzlichen und namentlich der reichsgesetzlichen Quellen keine ungewohnten Mühen bereiten; mehr schon die Beurtheilung der Geltungsverhältnisse der verschiedenen Quellen zu einander. Das Gesetzbuch tritt mit den Prätensionen einer universalen Codifikation in die Welt, und ist doch nur eine partiale. Zweifel und Streit darüber, wie weit die in den speciellen Reichsgesetzen behandelten Materien den allgemeinen Vorschriften des Gesetzbuches, beispielsweise über Fahrlässigkeit, Irrthum, Anspruchsverjährung unterliegen, werden kaum ausbleiben können.

§ 3. Ordnung des Stoffes.

Daß jeder Satz im Gesetzbuch an der Stelle stehe, an die er gehört, ist wünschenswerth aus verschiedenen Gründen. Einmal, um Allen, Praktikern Schriftstellern Publikum, das Auffinden der Einzelheiten die sie brauchen leicht, und das Uebersehen schwer zu machen. Sodann im Interesse des Gesetzgebers, der nur wenn er die Frage an der rechten Stelle behandelt, Anlaß hat alle beachtenswerthen Seiten derselben auch wirklich in Betracht zu nehmen. Hieraus folgt keineswegs, daß für jedes Gesetzbuch es nur eine empfehlenswerthe oder gar zulässige systematische Ordnung gebe, wohl aber daß, nachdem die Wahl getroffen, die erwählte Ordnung treu folgerichtig durchzuführen ist.

Ein Gesetzbuch, das ungefähr den Inhalt eines Pandektenlehrbuchs hat, in die herrschende Form dieser Lehrbücher zu bringen, empfiehlt sich im Hinblick auf die Herstellung wie auf die Benutzung; der Gesetzgeber sieht die einzelnen Fragen schon vorbereitet und von verschiedenen Seiten beleuchtet, wogegen die große Masse der Leser in der bekannten Ordnung am schnellsten sich zurecht findet. Wenn einzelne Rechtslehrer mit der Annahme[3]) eines allgemeinen Theils, andere wenigstens mit diesem Namen[4]) sich nicht haben befreunden können, so zeugt doch die allgemeine Erfahrung wider sie. Und auch

Digitized by Google

im Gesetzbuch möchten wir den allgemeinen Theil nicht entbehren: eine Reihe von Rechtsdingen haben Bedeutung nicht bloß für ein einzelnes (Sachen-, Obligationen- u. s. w.) Recht, die Oekonomie wie die Uebersichtlichkeit gebieten dieselben nur einmal, also im allgemeinen Theil aufzuführen.

Gegen die gewöhnliche Ordnung hat der Entwurf das „Recht der Schuldverhältnisse" (Buch II) unmittelbar hinter den allgemeinen Theil, und vor das „Sachenrecht" (Buch III) gebracht. Dafür und dawider wird nicht viel zu sagen sein: die Wenigsten lesen ein ganzes Gesetzbuch in einem Zuge durch, und für das Auffinden der einzelnen Sätze ist diese Umstellung gänzlich indifferent. Anders wenn Lehrvorträge an die Reihenfolge der Bücher geknüpft werden sollten; hier könnte es angenehm sein, bei der Lehre von Pfandrecht und Grundschuld die Forderungen als bekannt voraussetzen zu dürfen; doch sind die Obligationen im Ganzen doch künstlichere Gebilde als die meisten dinglichen Rechte, und die Lehre von den Leistungen läßt sich ohne Kenntniß der Sachen und der Sachenrechte nicht wohl entwickeln.

Gebietsstreitigkeiten unter den einzelnen Specialbüchern stehen kaum zu erwarten. Das Retentionsrecht hätte zu einer solchen Veranlassung geben können. Die Motive bemerken ebenso richtig wie ergeben „in der Theorie besteht bekanntlich sowohl über das Wesen dieses Rechts als über die Fälle . . . große Meinungsverschiedenheit". Nach der richtigen Ansicht ist ein Theil der Retentionsrechte dinglicher Natur, wie namentlich das des Besitzers wegen Verwendungen gegenüber dem Eigenthumsanspruch (Entw. § 938, 2, vgl. §§ 936, 937, auch 939, 940, 945, 951, 964, 1010, 1017, 1050, 1155), der andere obligationenartig. Im Entwurf findet sich die allgemein klingende Rubrik „Zurückbehaltungsrecht" zu den §§ 233—236 des Obligationenrechts, die sich aber bloß auf Rechtsverhältnisse der „Schuldner" beziehen, und von denen die Motive ausdrücklich bemerken, sie „regeln nur das obligatorische Zurückbehaltungsrecht". Allgemeine Vorschriften über das dingliche Zurückbehaltungsrecht fehlen. Danach ist zu sagen, daß der Entwurf den Gegensatz dinglicher und obligatorischer Retentionsrechte zwar anerkennt, aber nicht in das helle Licht stellt, das bei einer so zweifelhaften Materie zu wünschen gewesen wäre.

Häufiger konnten Bedenken auftauchen, ob gewisse Sätze in den allgemeinen Theil oder in eins der Specialbücher gehören. Bei solchen Konflikten scheint regelmäßig der allgemeine Theil zu kurz gekommen zu sein. Beispielsweise enthält die dritte Abtheilung der „allgemeinen Bestimmungen" des sächsischen Gesetzbuchs (§ 58—78) „von den Sachen" allerlei über Begriff und Verschiedenheiten der Sachen; im allgemeinen Theile des Entwurfs fehlt der entsprechende Abschnitt, dagegen stehen

Digitized by Google

an der Spitze von Buch III Sachenrecht „allgemeine Bestimmungen" (§ 772—796), deren Inhalt mit jenen sich theilweis deckt. Das sächsische Gesetzbuch ist hierbei dem gemeinen Brauch der Pandektenlehrbücher, der Entwurf aber dem Windscheid's gefolgt. Da Begriff und Arten der Sachen auch dem Obligationenrecht, dem Familiengüterrecht und dem Erbrecht geläufige Dinge sind, scheint es irrationell sie aus dem allgemeinen Theile zu entfernen.[5]) Hieran hängt ein weiterer Fehler des Entwurfs: auch das Geld gehört zu den eigenartigen Sachen, über die das Recht, einschließlich der Bestimmungen des Reichsmünzgesetzes, bisher zum festen Abschluß noch nicht gediehen ist.[6]) Das Geld wird aber im Entwurf nur gelegentlich bei den Geldschulden gestreift (vgl. § 215, 216, 230, 248, 259, 2, etwa noch 2117, 2), und hier war selbstverständlich kein Platz zur Beantwortung vieler der zur Zeit noch offenen Fragen. Und da für diese auch auf dem Wege der Gesetzes- und der Rechtsanalogie (vgl. § 2) die Antwort aus dem Entwurfe selber nicht herauszulesen ist, so läßt er sie eben unbeantwortet. — Ueber die Fortlassung der „Schenkung" und der „Auflage" aus dem allgemeinen Theil siehe unter § 8 B und C.

Was endlich die Anordnung des Stoffes innerhalb der einzelnen Bücher betrifft, so dürfte eine noch schärfere Durchführung der Grundgedanken auch hierin zu manchen Besserungen geführt haben; daß beispielsweise die ganze Thätigkeit des Testamentsvollstreckers (vgl. namentlich § 1892—1910) abgehandelt wurde unter den „letztwilligen Verfügungen" (Buch V Abschn. 2), denen zunächst die „Erbverträge" (V 3) gegenüberstehen, nicht bei den Folgen des Erbschaftserwerbs (die unter der Rubrik „Rechtsstellung des Erben", V 6, zusammengezwängt sind), erhöht die Uebersichtlichkeit keineswegs. — Die mangelhafte Gegenüberstellung der Thatsachen und Rechtsfolgen wird unter § 8 F zu behandeln sein.

§ 4. Lücken.

Die Frage lautet: was ist von demjenigen das, nachdem die äußere Umgrenzungslinie und die innere Ordnung des Entwurfs (so wie sie jetzt sind) festgestellt worden, in den Text des Entwurfs aufzunehmen gewesen wäre, in denselben nicht aufgenommen? Eine vollständige Aufzählung aller derartigen Lücken an dieser Stelle ist schon aus äußeren Gründen undurchführbar. Zudem wird manches im Zusammenhange mit dem zu rügenden Ueberflüssigen (vgl. § 5), anderes als Folge ungenügend ausgedachter Grundanschauungen (vgl. § 6—8) besser als hier darzustellen sein.

In dem Abschnitt „von den Rechtsnormen" I fehlen gänzlich

Digitized by Google

Vorschriften über die örtliche Herrschaft der Normen, während z. B. das sächsische Gesetzbuch §§ 6—20 diese Fragen relativ eingehend behandelt. Auch die Motive geben keine genügende Erklärung der Auslassung. Als feststehend ist anzunehmen: die große praktische Bedeutung der Fragen, die jeder Blick in unsere größeren Spruchsammlungen darthut; die Unfertigkeit des geltenden Rechts, da durch Staatsverträge nur das Wenigste geregelt ist, und allgemeine internationale Gewohnheiten noch keine ausreichende Konsistenz erlangt haben. Damit die Notwendigkeit einer neuen gesetzlichen Regulirung für Deutschland, die keinesfalls den Landesgesetzgebungen überlassen werden darf (denn hier gerade machen sich die partikulären Differenzen am unangenehmsten geltend), und die auch nur zum kleinsten Theile in das Einführungsgesetz gehören würde.

Spekulativ könnte die Frage aufgeworfen werden, ob die Normen über die äußere Geltung der privatrechtlichen Normen auch selber privatrechtlicher Natur seien? Praktische Bedeutung besitzt dieselbe wohl kaum; unerläßlich scheint nur, daß überhaupt solche die Geltungsverhältnisse regulirende Vorschriften aufgestellt werden, indifferent, ob im Gesetzbuch oder außer ihm. Für das Gesetzbuch könnte zu sprechen scheinen, daß die Abfassung desselben eine besonders gute Gelegenheit böte, alle einschlägigen Fälle in Betracht zu nehmen. Wogegen dann aber wieder zu erinnern ist, daß ja der Entwurf, wie er vorliegt, doch keineswegs das ganze Privatrecht umfaßt, und bei den Geltungsgebietsnormen unbedingt auch die handels- see- wechselrechtlichen Verhältnisse, desgleichen die Rechtsverhältnisse an unkörperlichen Sachen mitzubeachten wären.

Im Abschnitt „Personen" sind die bekannten gemeinrechtlichen Präsumptionen für den Fall, daß der Tod zweier Menschen erwiesen, aber wer zuerst verstorben unerweislich ist, weggelassen. Wie es scheint, soll die Regel

> daß eine Person noch lebe oder todt sei, oder zu einer bestimmten Zeit gelebt oder nicht mehr gelebt habe, hat derjenige zu beweisen, welcher aus der betreffenden Thatsache ein Recht herleitet (§ 4, 1)

überall streng durchgeführt werden. Also:
Vater und Sohn sind ertrunken, die Leichen angespült; auf dem Boot, auch in der Nähe war kein Dritter; wer vorher verstorben, ist schlechthin nicht zu beweisen. Die Thatsache des Vorherversterbens aber wäre von rechtlicher Bedeutung, wenn beispielsweise als Erbprätendenten auftreten

A und B, Geschwister des Vaters,
C und D, Kinder bereits verstorbener Geschwister desselben.

Digitized by Google

Denn,

α) hätte der Vater den Sohn, der bereits eigenes Vermögen beſeſſen, überlebt und damit beerbt, ſo vererben ſich beide Vermögen in der „zweiten Linie“ des Vaters, in welcher der nähere Grad den ferneren nicht ausſchließt (vgl. § 1966, 1965), mithin erben C und D neben A und B;

β) hätte der Sohn den Vater überlebt und beerbt, ſo vererben ſich die Vermögen in der dritten Linie des Sohnes, in welcher der nähere Grad den ferneren ausſchließt (vgl. § 1968, 3), alſo ſchließen A und B die anderen aus;

γ) wären Vater und Sohn im ſelben Augenblick verſtorben, ſo müßte jener von ſeiner zweiten Linie, alſo von A und B und C und D zugleich, dieſer aber von ſeiner dritten Linie und in dieſer nur von A und B beerbt werden.

Wie wäre nun im obigen Falle nach dem Entwurfe zu entſcheiden? Die für ſie ausſchlaggebende Thatſache (§ 4, 1) können A und B ſo wenig beweiſen wie C und D. Wären alſo zufällig A und B zuerſt in den Nachlaßbeſitz gelangt, ſo erhalten C und D allemal gar nichts; hätten C und D Nachlaßbeſitz, ſo brauchen ſie jedesfalls nur einen Theil herauszugeben. Und wie, wenn der Nachlaß ſich bei dritten Nichtprätendenten befindet, an wen haben dieſe zu reſtituiren? Einen Theil allemal an A und B, aber den andern? etwa an den Fiskus (§ 1974)? Dem Wortlaut nach ließe auch die Vermuthung des § 4, 2 ſich heranziehen, mit dem praktiſchen Erfolge, daß in der großen Mehrzahl der Fälle ein Ueberleben des Jüngeren angenommen würde; daß das aber nicht in der Abſicht der Kommiſſion gelegen, ergeben die Motive zu § 4, II.

Aehnlicher Fälle, in denen die gleichen Schwierigkeiten aus denſelben Urſachen wiederkehren, ſind leicht noch manche zu entdecken. Die Sache bekommt größere Tragweite durch die Entſchuldigung, welche die Motive (I S. 32) bringen:

> Solche Vermuthungen beruhen, ſoweit ſie nicht lediglich etwas ausſprechen, was die Beweislage von ſelbſt mit ſich bringt [hier nicht], auf unzureichenden Unterſtellungen. Ein Bedürfniß für einen poſitiven Eingriff kann nicht anerkannt werden.

Hierin liegt ausgeſprochen, daß die Kommiſſion die Bedeutung der geſetzlichen Präſumptionen verkannt hat. So wenig von der richterlichen Entſcheidung zu fordern iſt, daß ſie allemal mit der materiellen Wahrheit übereintreffe, ebenſowenig brauchen die geſetzlichen Präſumptionen durchgängig dem objektiv wahren oder auch nur wahrſcheinlichen zu entſprechen. Der Richter mag feſt überzeugt ſein,

Digitized by Google

ſelber nicht klar zu ſehen, er darf doch nicht mehr ſchwören „rem sibi non liquere“; bei uns muß er erkennen, auf die Gefahr hin falſch zu erkennen, wir brauchen die durch ſein Erkenntniß zu beſchaffende Gewißheit, auch wenn ſie mit dem materiellen Recht in Widerſpruch treten ſollte iſt ſie erträglicher als andauernde Ungewißheit. Nicht viel anders bei den Legalvermuthungen: über Fragen bei denen vorausſichtlich das regelmäßige Beweisverfahren reſultatlos verläuft, muß die Präſumption entſcheiden. „pater est quem nuptiae demonstrant“ (Entw. § 1468), weil die Tatſache der Empfängniß vom Ehemann regelmäßig nicht zu beweiſen, die Gewißheit darüber aber nicht zu entbehren iſt, darum die durchſchlagende Vermuthung. Das „Bedürfniß für einen poſitiven Eingriff“ des Geſetzgebers liegt in der Unerträglichkeit der Ungewißheit, die ſonſt aus der Unbeweisbarkeit reſultirte. Es widerſteht dem allgemeinen Rechtsgefühl der Gegenwart (aequitas), daß die zufälligen Beſitzverhältniſſe im Augenblick des Todes über das Erbrecht entſcheiden.

Dieſelbe Scheu, Präſumptionen auf vielleicht unzureichende Unterſtellungen zu bauen, hat auch dahin geführt, keine „ſogenannte Sterblichkeitstabelle“, beſſer Tabelle der muthmaßlichen Lebensdauer, wie ſolche im fr. 68 pr. ad L. Falc. 35, 2 und im ſächſiſchen Geſetzbuch § 35 zu finden ſind, in den Entwurf aufzunehmen. Die Motive (I S. 32) halten eine ſolche für

> nicht unbedenklich, inſofern ſie vermöge ihrer poſitiven Natur leicht zu einem ſachwidrigen Ergebniß führen kann.

Der Fehler in dieſer Argumentation iſt der gleiche wie zuvor; freuen wir uns, daß der Entwurf in derſelben Richtung nicht noch weiter vorgegangen, und etwa auch den gemeinſchaftlichen Großjährigkeitstermin für Alle beſeitigt hat, da es ja doch eine zweifellos „ſachwidrige“ Annahme iſt, daß die thatſächlichen Vorausſetzungen der vollen rechtlichen Handlungsfähigkeit bei Allen in gleicher Weiſe mit dem vollendeten einundzwanzigſten Lebensjahre, nicht früher noch ſpäter eintreten. — Dann wird noch ein zweiter Grund angeführt,

> ſolche Tabelle ſei mit Rückſicht auf den heutigen Standpunkt der ſtatiſtiſchen Wiſſenſchaft entbehrlich;

wie die Kommiſſion bei dieſem Ausſpruch mit den in der Entſcheidung des Reichsgerichts V 29, und der von Bähr bei der Beſprechung desſelben gemachten Ausführungen[1]) ſich abgefunden, iſt aus den dem Publikum zugänglichen Motiven nicht erſichtlich. Die Ergebniſſe der Statiſtik ermangeln nämlich einſtweilen noch der Feſtigkeit und Uebereinſtimmung, und wir ſtehen alſo vor der Alternative, entweder mit einem unfeſten Rechte und bunter Praxis vorlieb nehmen zu müſſen,

Digitized by Google

oder den verpönten gewohnheitsrechtlichen Normen uns zu unterwerfen, wie sie sich aus der Uebung der Gerichte, und namentlich des Reichsgerichts herausbilden werden.

§ 5. Ueberflüssiges.

Vom idealen Gesetzbuch verlangen wir, daß ihm der Ueberfluß ebenso fremd sei wie die Lücke; im besten Falle erschwert er die Uebersicht, häufig schadet er noch mehr, bewirkt Undeutlichkeit und Widersprüche, Zweifel und Kontroversen. Bedenkt man aber, wie selten uns überall gelingt, das Ueberflüssige ganz zu meiden, und wie verschieden gedacht wird über die Grenzlinie, welche das Unentbehrliche scheidet vom Entbehrlichen, so wird man von den idealen Anforderungen bald abstehen. Auch gehört der Ueberfluß sicher nicht zu den schlimmsten Fehlern des Entwurfs, wenn dieser Ausdruck im Gegensatz zur Lücke, nur auf überflüssige Gedanken und Sätze bezogen werden soll. Von den überflüssigen Worten wird später (vgl. § 10—12) im Zusammenhange mit den anderen Sprachmängeln zu handeln sein.

Sehr ausführlich sind im ersten Buche (I 2) „Todeserklärung" § 5—24, die Verschollenheit und ihre Folgen traktirt. Dahingestellt bleiben mag, ob die Skala der Fristen, nach welcher bei verschollenen Schiffen deren Untergang präsumirt werden soll,

> bei Fahrten innerhalb der Ostsee ein Jahr,
> bei Fahrten innerhalb anderer europäischen Meere, einschließlich der nicht zu Europa gehörenden Teile des Mittelländischen, Schwarzen und Asowschen Meeres zwei Jahre,
> bei Fahrten, welche über außereuropäische Meere führen, drei Jahre,

vom Tage der Ausfahrt und je nachdem der letzten Nachricht an gerechnet (vgl. § 8), sich als praktisch erweisen wird; die Kasuistik hat überall Bedenken wider sich, z. B. daß das Schiff ja auch aus der Ostsee in die Nordsee, oder aus dieser in den Atlantischen Ocean verschlagen sein könnte. Aber Bestimmungen, wie sie die Paragraphen 9—20 enthalten, die sieht man doch lieber in einer Prozeßordnung als im bürgerlichen Gesetzbuch, z. B.

> § 19. Die Erledigung der Aufgebotsanträge kann durch die Landesjustizverwaltung für den Bezirk mehrerer Amtsgerichte desselben Landgerichtsbezirkes einem dieser Amtsgerichte übertragen werden. Auf Verlangen des Antragstellers erfolgt die Erledigung durch das nach dem § 9 zuständige Gericht.
>
> Wird das Aufgebot durch ein anderes als das nach dem

Digitized by Google

§ 9 zuständige Gericht erlassen, so ist die öffentliche Bekanntmachung auch durch Anheftung an die Gerichtstafel des letzteren Gerichts zu bewirken.

In dem allen ist kein kleinstes Stück von materiellem Recht enthalten. Die Anmerkungen verweisen mehrfach auf eine Novelle zur Civilprozeßordnung, hier war der rechte Platz für diese Dinge. Uebrigens scheinen einige der gegebenen Vorschriften überhaupt unnöthig, andere zweifelhaft, z. B.

§ 15. Zwischen dem Tage, an welchem die erste Einrückung des Aufgebots in den deutschen Reichsanzeiger erfolgt ist, und dem Aufgebotstermine muß ein Zeitraum von mindestens sechs Monaten liegen.

Was sind die Folgen eines Verstoßes dawider? Das Gericht hat den Termin zwei Tage zu früh angesetzt, vielleicht aus an sich guten Gründen, und hat danach die Todeserklärung erlassen: ist diese nichtig? Das wäre nach § 91, 2 wohl anzunehmen; auch wenn der Formmangel erst nach Jahren entdeckt wird. Es bedarf dann einer neuen Todeserklärung, diese wirkt vom Tage ihres Ergehens (§ 21); wer hilft denen, die hierbei ohne alle eigene Schuld zu Schaden kommen?

Gleichfalls unverhältnißmäßig lang und breit für die Bedeutung des Stoffes ist im Sachenrecht IV 3 VI „Gefundene Sachen" § 910 bis 928, und im Erbrecht III 3 „Testamentsvollstrecker" §§ 1889 bis 1910. Besonders auffällig sind bei den Fundstücken die Anweisungen, die der Polizeibehörde ertheilt werden, zumal in einem Codex, welcher sonst jeglicher Befassung mit dem öffentlichen Recht, seiner Uebung und ihren Organen ängstlich aus dem Wege geht:

§ 918. Wird bei der Polizeibehörde ein Anspruch auf Herausgabe der Sache nicht angemeldet, so hat die Polizeibehörde hierüber nach Ablauf eines Jahres seit der Anzeige des Fundes dem Finder auf dessen Antrag ein schriftliches Zeugniß zu ertheilen.

Aus besonderen Gründen kann die Polizeibehörde die Ertheilung des Zeugnisses bis zum Ablauf von drei Jahren seit der Anzeige des Fundes aussetzen.

§ 919. Ist bei der Polizeibehörde ein Anspruch auf Herausgabe der Sache angemeldet, so hat die Polizeibehörde nach Ablauf der im § 918, 1 und 2 bezeichneten Fristen u. s. w.

Bei gutem Willen und entsprechendem Geschick hätte alles, was von „gefundenen Sachen" im Gesetzbuch zu sagen war, und was nicht entweder gar nicht zu sagen, sondern aus den Vorschriften „über rechtsähnliche Verhältnisse" oder aus dem „Geiste der Rechts-

Digitized by Google

ordnung" zu entnehmen, oder in einer Instruktion für die Verwaltungsbehörden zu sagen gewesen wäre, in zehn längstens zwanzig Zeilen abgemacht werden können. Auch bei den „Testamentsexekutoren" finden sich viele Details, viel mehr als in einem Gesetzbuch, von dem gerühmt worden daß es dem Richter nur die Prinzipien und Grundregeln an die Hand geben solle, zu erwarten gestanden.

Auch dürften Vorschriften wie

> § 42. Die juristische Persönlichkeit eines Personenvereins und der Verlust dieser Persönlichkeit bestimmen sich in Ermangelung besonderer reichsgesetzlicher Vorschriften nach den Landesgesetzen des Ortes, an welchem der Personenverein seinen Sitz hat;

und

> § 63. Die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen dem Fiskus juristische Persönlichkeit zusteht, bleiben unberührt,

wohl weniger in den Codex selber, als in das Einführungsgesetz gehören. Ueber die mangelhafte Fassung dieses § 42 nachher (§ 12) noch ein paar Worte.

Wir kommen nun zu einer Reihe von Sätzen, die als selbstverständliche überflüssig erscheinen:

α) § 78. So lange die Vertragschließenden über die nach dem Gesetze zum Wesen des zu schließenden Vertrags gehörenden Theile sich nicht geeinigt haben, ist der Vertrag nicht geschlossen.

Das steckt schon im § 77:

> Zur Schließung des Vertrags wird erfordert, daß die Vertragsschließenden ihren übereinstimmenden Willen sich gegenseitig erklären.

Um „übereinstimmenden Willen zu erklären", müssen die Vertragsschließenden übereinstimmenden Willen haben; diese Uebereinstimmung ist das Produkt davon, daß dieselben „sich geeinigt haben", und diese Einigung muß sich vernünftiger Weise beziehen auf „die nach dem Gesetze zum Wesen des zu schließenden Vertrags gehörenden Theile". Aus Absatz 2 des § 78 (vgl. auch die amtlichen Motive) erklärt sich, wie die Kommission zu der Vorschrift § 78, 1 gekommen, aber entschuldigt wird die Tautologie keineswegs: die Einigung, welche der Vertragsabschluß fordert, soll sich nämlich nicht bloß auf die vom Gesetz als wesentlich gebotenen Vertragsteile, sondern auch auf „die nach der Erklärung auch nur eines der Vertragschließenden außerdem zu vereinbarenden Bestimmungen" erstrecken. Das ist nicht ganz klar, namentlich bleibt das Verhältniß der „Erklärung eines Theiles über die zu vereinbarenden Bestimmungen," zu der „gegenseitig", also auch

Digitized by Google

§ 9 zuständige Gericht erlassen, so ist die öffentliche Bekanntmachung auch durch Anheftung an die Gerichtstafel des letzteren Gerichts zu bewirken.

In dem allen ist kein kleinstes Stück von materiellem Recht enthalten. Die Anmerkungen verweisen mehrfach auf eine Novelle zur Civilprozeßordnung, hier war der rechte Platz für diese Dinge. Uebrigens scheinen einige der gegebenen Vorschriften überhaupt unnöthig, andere zweifelhaft, z. B.

§ 15. Zwischen dem Tage, an welchem die erste Einrückung des Aufgebots in den deutschen Reichsanzeiger erfolgt ist, und dem Aufgebotstermine muß ein Zeitraum von mindestens sechs Monaten liegen.

Was sind die Folgen eines Verstoßes dawider? Das Gericht hat den Termin zwei Tage zu früh angesetzt, vielleicht aus an sich guten Gründen, und hat danach die Todeserklärung erlassen: ist diese nichtig? Das wäre nach § 91, 2 wohl anzunehmen; auch wenn der Formmangel erst nach Jahren entdeckt wird. Es bedarf dann einer neuen Todeserklärung, diese wirkt vom Tage ihres Ergehens (§ 21); wer hilft denen, die hierbei ohne alle eigene Schuld zu Schaden kommen?

Gleichfalls unverhältnißmäßig lang und breit für die Bedeutung des Stoffes ist im Sachenrecht IV 3 VI „Gefundene Sachen" § 910 bis 928, und im Erbrecht III 3 „Testamentsvollstrecker" §§ 1889 bis 1910. Besonders auffällig sind bei den Fundstücken die Anweisungen, die der Polizeibehörde ertheilt werden, zumal in einem Codex, welcher sonst jeglicher Befassung mit dem öffentlichen Recht, seiner Uebung und ihren Organen ängstlich aus dem Wege geht:

§ 918. Wird bei der Polizeibehörde ein Anspruch auf Herausgabe der Sache nicht angemeldet, so hat die Polizeibehörde hierüber nach Ablauf eines Jahres seit der Anzeige des Fundes dem Finder auf dessen Antrag ein schriftliches Zeugniß zu ertheilen.

Aus besonderen Gründen kann die Polizeibehörde die Ertheilung des Zeugnisses bis zum Ablauf von drei Jahren seit der Anzeige des Fundes aussetzen.

§ 919. Ist bei der Polizeibehörde ein Anspruch auf Herausgabe der Sache angemeldet, so hat die Polizeibehörde nach Ablauf der im § 918, 1 und 2 bezeichneten Fristen u. s. w.

Bei gutem Willen und entsprechendem Geschick hätte alles, was von „gefundenen Sachen" im Gesetzbuch zu sagen war, und was nicht entweder gar nicht zu sagen, sondern aus den Vorschriften „über rechtsähnliche Verhältnisse" oder aus dem „Geiste der Rechts-

Digitized by Google

ordnung" zu entnehmen, oder in einer Instruktion für die Verwaltungsbehörden zu sagen gewesen wäre, in zehn längstens zwanzig Zeilen abgemacht werden können. Auch bei den „Testamentsexekutoren" finden sich viele Details, viel mehr als in einem Gesetzbuch, von dem gerühmt worden daß es dem Richter nur die Prinzipien und Grundregeln an die Hand geben solle, zu erwarten gestanden.

Auch dürften Vorschriften wie

> § 42. Die juristische Persönlichkeit eines Personenvereins und der Verlust dieser Persönlichkeit bestimmen sich in Ermangelung besonderer reichsgesetzlicher Vorschriften nach den Landesgesetzen des Ortes, an welchem der Personenverein seinen Sitz hat;

und

> § 63. Die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen dem Fiskus juristische Persönlichkeit zusteht, bleiben unberührt,

wohl weniger in den Codex selber, als in das Einführungsgesetz gehören. Ueber die mangelhafte Fassung dieses § 42 nachher (§ 12) noch ein paar Worte.

Wir kommen nun zu einer Reihe von Sätzen, die als selbstverständliche überflüssig erscheinen:

α) § 78. So lange die Vertragschließenden über die nach dem Gesetze zum Wesen des zu schließenden Vertrags gehörenden Theile sich nicht geeinigt haben, ist der Vertrag nicht geschlossen.

Das steckt schon im § 77:

> Zur Schließung des Vertrags wird erfordert, daß die Vertragsschließenden ihren übereinstimmenden Willen sich gegenseitig erklären.

Um „übereinstimmenden Willen zu erklären", müssen die Vertragsschließenden übereinstimmenden Willen haben; diese Uebereinstimmung ist das Produkt davon, daß dieselben „sich geeinigt haben", und diese Einigung muß sich vernünftiger Weise beziehen auf „die nach dem Gesetze zum Wesen des zu schließenden Vertrags gehörenden Theile". Aus Absatz 2 des § 78 (vgl. auch die amtlichen Motive) erklärt sich, wie die Kommission zu der Vorschrift § 78, 1 gekommen, aber entschuldigt wird die Tautologie keineswegs: die Einigung, welche der Vertragsabschluß fordert, soll sich nämlich nicht bloß auf die vom Gesetz als wesentlich gebotenen Vertragsteile, sondern auch auf „die nach der Erklärung auch nur eines der Vertragschließenden außerdem zu vereinbarenden Bestimmungen" erstrecken. Das ist nicht ganz klar, namentlich bleibt das Verhältniß der „Erklärung eines Theiles über die zu vereinbarenden Bestimmungen," zu der „gegenseitig", also auch

Digitized by Google

von diesem selbigen Theile abgegebenen Erklärung (seines mit dem des Andern) übereinstimmenden Willens zweifelhaft. Gemeint ist wahrscheinlich:

Die den Uebereinstimmungserklärungen nothwendig voraufgehende Einigung der Parteien muß sich beziehen

1. auf die vom Gesetz für diese Geschäftsart oder diesen Geschäftstypus vorgeschriebenen Punkte;
2. auf diejenigen Punkte, welche in den Vorverhandlungen von entweder einer oder von beiden kontrahirenden Parteien als für das konkrete Geschäft unerläßlich bezeichnet sind; vor vollständiger Herstellung dieser Einigung bringen scheinbare Uebereinstimmungserklärungen, auch schriftliche, den Vertrag nicht zum Abschluß.

Dazu noch Folgendes. Wie überhaupt das Unvollständige der Begleiter des Uebervollständigen zu sein pflegt, so klafft auch hier neben dem Ueberfluß die Lücke. Bekanntlich ist es streitig[8]), ob beim Vertrage die Willensübereinstimmung dergestalt das ausschlaggebende Moment sei, daß den Erklärungen derselben nur geringere Bedeutung beiwohne, und namentlich darauf nichts ankomme ob sie in bestimmter Reihenfolge als wesentlich verschiedene Dinge, Antrag (oder Offerte) und Annahme (oder Acceptation) sich vollziehen, oder ob eben diese Reihenfolge und damit der verschiedene Charakter der Erklärungen, daß jene Anfrage diese (die Kenntniß der Anfrage erfordernde) Bejahung, zu den wesentlichen Stücken eines Vertrags gehören. Der Entwurf entscheidet diese Fragen nicht, wenigstens nicht mit der wünschenswerthen Klarheit: § 77 fordert nur „übereinstimmenden Willen“ und „gegenseitig erklären“; man möchte vermuthen, daß solche Erklärungen auch gleichzeitige und gleichartige sein dürften. Andererseits scheint den §§ 83—89 der Gedanke zu Grunde zu liegen, daß ein Vertrag doch nur durch Antrag und durch Annahme, also durch zwei von einander verschiedene Erklärungen zu Stande zu bringen sei. Nun werden gleichzeitige und gleichartige sich kreuzende Uebereinstimmungserklärungen im Leben selten vorkommen, aber für die ganze Vertragstheorie und für die Herleitung der wichtigsten praktischen Konsequenzen ist es von durchschlagender Bedeutung, ob die auf Kenntniß des eingegangenen Antrags abgegebene Annahmeerklärung zu den Essentialien des Vertrags zählt oder nicht. Auch die Motive zu § 80 sagen:

> Die zu einem Vertrage sich zusammenschließenden Willenserklärungen erfolgen der Regel nach nicht gleichzeitig.

Dieselben können also auch gleichzeitig erfolgen und gleichartig sein. Zu § 77 bemerken die Motive dann noch, daß der „aufgestellte Grundsatz“ durch die „angenommene Empfangstheorie gelockert“ und

Digitized by Google

je nachdem „durchbrochen" werde. Nach alledem bleibt die aufgeworfene Frage unentschieden, daher der Streit und die mit ihm verknüpften Zweifel und Bedenken auch nach der Annahme des Entwurfes unverändert andauern werden.

β) § 91, 1. Für ein Rechtsgeschäft ist eine besondere Form nur dann erforderlich, wenn eine solche durch Gesetz oder Rechtsgeschäft bestimmt ist.

Wer könnte noch, außer dem Gesetzgeber oder den Parteien (= „Rechtsgeschäft"), darauf verfallen, „besondere Formen" für Rechtsgeschäfte zu „bestimmen"? der Richter etwa? oder Verwaltungsbehörden? — und dem sollte hiermit Einhalt gethan werden? Aber aus den Motiven ergiebt sich, daß dies keineswegs die Absicht gewesen, und daß doch der angezogene Paragraph nicht ganz Ueberflüssiges sagt, und den bösen Schein nur seiner mangelhaften Fassung verdankt. Der Entwurf nimmt den Grundsatz der Formfreiheit an, mit dem gemeinen Recht und dem Handelsgesetzbuch auch dem sächsischen Gesetzbuch, wider das römische und das preußische Recht. Aber auch für das römische und das preußische Recht ist der Satz des Entwurfes wahr:

> daß eine besondere Form nur dann erforderlich ist, wenn Gesetz oder Parteiwillen sie bestimmen;

aber das Gesetz fordert die besondere Form in diesen Rechten als Regel (doch keineswegs ausnahmslos), in den andern als Ausnahme. Nun könnte man meinen, daß solche Negation, daß das Gesetz etwas nicht thue, wenigstens gewöhnlich nicht thue, gar nicht ausdrücklich ausgesprochen zu werden brauche, dieselbe ergebe sich ja eben aus dem Schweigen. Hielt man aber eine ausdrückliche Erklärung für angemessen, um über den Gegensatz zu den anderen Rechten keinen Zweifel zu lassen, dann mußte die Erklärung auch klar und unmißdeutlich gegeben werden, was insbesondere die Beseitigung der Ausdrücke „*besondere Form*" und „*bestimmt ist*" bedingen dürfte. Also z. B.:

> Das Gesetz erkennt auch unfeierliche Geschäfte als gültig an. Die feierliche Form des Abschlusses ist erforderlich nur bei denjenigen Geschäftsarten, wo sie gesetzlich vorgeschrieben, und bei denjenigen Geschäften, wo sie unter den Betheiligten vereinbart ist.

Oder in näherem Anschluß an das deutsche Handels-Gesetzbuch vielleicht noch etwas korrekter:

> Die Gültigkeit der Verträge ist durch schriftliche Abfassung oder andere Förmlichkeiten nur bedingt bei denjenigen, u. w. o.

Digitized by Google

Doch genau besehen wird mit alledem nichts gesagt, was ungesagt nicht ebenso gültig wäre.

γ) § 147. In Ansehung der in Gesetzen, gerichtlichen Verfügungen und Rechtsgeschäften enthaltenen Zeitbestimmungen gelten die Auslegungsregeln der §§ 148—153.

Soll die Aufzählung: „Gesetze", „gerichtliche Verfügungen", „Rechtsgeschäfte" eine erschöpfende sein, so daß beispielsweise dieselben Regeln auf „polizeiliche" oder andere „administrative Verfügungen" von privatrechtlicher Bedeutung sich nicht beziehen dürften? oder fehlen die ausschließenden Nebengedanken, und es soll hiermit nur die Gleichstellung von Gesetzen, Verfügungen und Rechtsgeschäften in Betreff der Auslegung von Zeitbestimmungen ausgesprochen sein? Aber dann wäre § 147 schlechthin überflüssig, denn „lege non distinguente nec nostrum est distinguere" wird auch weiter wohl in Geltung bleiben. Beiläufig aber scheint die absolute Gleichstellung von Rechtsgeschäften, das ist Willenserklärungen von Privatpersonen, mit Gesetzen und gerichtlichen Verfügungen auch nicht ganz unbedenklich: „Auslegungsregeln" beziehen sich auf die Ermittelung des Gewollten aus dem benutzten Zeichen; steht das Gewollte ohnehin fest, so kommen Auslegung und Auslegungsregeln in Wegfall. Nun könnte es wohl sein, daß nach übereinstimmenden voll glaubhaften Aussagen aller am Rechtsgeschäft Betheiligten eine „Zeitbestimmung" in anderem Sinne gebraucht wäre als in dem nach §§ 148—153 anzunehmenden. Sollen also dieselben Regeln auch bei Gesetzen und Verfügungen nur subsidiäre Bedeutung haben? Kurzum, § 147 wäre besser fortgeblieben, und es hätte der Wissenschaft überlassen werden können, zu ersehen, daß die Auslegungsregeln der angezogenen Paragraphen auf Gesetze und gerichtliche Verfügungen unbedingte, auf Rechtsgeschäfte aber nur bedingte Anwendung zu erleiden hätten.

δ) § 193. Wer einen Anspruch geltend macht, hat die zur Begründung desselben erforderlichen Thatsachen zu beweisen. Wer die Aufhebung eines Anspruchs oder die Hemmung der Wirksamkeit desselben geltend macht, hat die Thatsachen zu beweisen, welche zur Begründung der Aufhebung oder Hemmung erforderlich sind.

Das gehört ins Lehrbuch, nicht ins Gesetz. Aus den Motiven aber wird ersichtlich, daß hiermit unter anderm auch gesagt werden sollte:

1. daß überhaupt nur das Entstehen, nicht auch das Bestehen eines Anspruches zur Zeit der Geltendmachung, und
2. daß nach Umständen auch negative Thatsachen zu beweisen seien.

Digitized by Google

Fraglich erscheint nun zunächst, ob es zweckmäßig, Dinge in ein Gesetzbuch hineinzugeheimnissen, die nur unter Vermittelung beigegebener Motive wieder herauszufinden sind. Sodann aber ist für die Vorschrift zu 1. zu bemerken, daß eine solche ganz beiläufige Anführung derselben keineswegs genügte. Der Inhalt derselben ist nach geltendem Rechte nichts weniger als zweifelsfrei[9]), und gerade diese Zweifel hätte das neue Gesetzbuch erledigen sollen. In der jetzigen Fassung sagt § 193 eben nur das, was bei der heutigen Schulung unserer Praxis jeder Richter ohnehin schon weiß.

ε) § 63. Das Schuldverhältniß erlischt, wenn die dem Schuldner obliegende Leistung bewirkt wird.

Soll dabei bloß an vom Schuldner selber korrekt vorgenommene Leistungen gedacht werden, so ist der Satz nichtssagend, überflüssig. Aber wie steht es mit der Ausführung der Leistung durch Dritte? Ich habe einen Wagen gemiethet und im Voraus bezahlt, mich von X. nach Y. zu fahren, der Kutscher läßt mich im Stich; dagegen nimmt mein guter Freund, der desselbigen Weges fährt, mich in seinem Wagen mit; oder ein Lohnkutscher, der leer zurückfährt, läßt mich unentgeltlich mitfahren; oder er fährt nur meinethalben den Weg, auch nicht aus Freundschaft für den gedungenen, sondern um überhaupt nur um Ehre und Reputation der Lohnkutscher zu retten. Unter welchen Voraussetzungen ist meine Forderung aus dem Miethsvertrag erloschen? — Gerade wo die Fragen interessant zu werden anfangen, hören die aus dem Entwurfe, auch mit Hülfe des Gesetzes- und der Rechtsanalogie zu entnehmenden Antworten auf.

ζ) § 342. Das einseitige nicht angenommene Versprechen ist unverbindlich, sofern nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt.

Fällt dieser Paragraph aus, so bleibt das Recht des Entwurfs gänzlich unverändert, zumal der folgende (§ 343) anhebt:

Wird ein einseitiges Versprechen von dem Gesetze als verbindlich anerkannt, so ꝛc.

η) § 585. Durch die Annahme des Auftrages wird der Beauftragte verpflichtet, das ihm von dem Auftraggeber übertragene Geschäft für diesen zu besorgen.

Das versteht sich nach § 359 und den andern die Gültigkeit und Ungültigkeit von Verträgen betreffenden Vorschriften, vgl. auch § 344 f., von selbst. Man könnte versucht sein, die Bedeutung des § 585 darin zu suchen, daß ein verbindlicher Auftrag auf „Geschäfte" sich beziehen müsse; aber die Motive (II S. 527) belehren uns, daß dies Wort keineswegs auf „Verhandlungen und Rechtsgeschäfte" zu beschränken sei, sondern „bloße thatsächliche Dienstleistung" mitein-

Digitized by Google

begreife, jede Handlung, die „Gegenstand eines Dienstvertrages“ sein könne; § 585 ist also schlechthin überflüssig.

ϑ) § 1021. Der Nießbrauch kann auch an einem Recht begründet werden.

§ 1022. Soweit ein Recht nicht übertragbar ist, kann an demselben durch Rechtsgeschäft auch nicht ein Nießbrauch begründet werden (vgl. §§ 1206, 1207 „Pfandrecht an Rechten“).

Abgesehen von allem andern, was gegen diese Fassung zu erinnern ist (vgl. unten § 7 B), scheint es, daß dasselbe kürzer also zu sagen gewesen wäre:

der Nießbrauch kann auch an einem übertragbaren Rechte begründet werden.

So dann aber ersehen wir aus den Motiven, III S. 540, daß im § 1022 der Nachdruck auf „durch Rechtsgeschäft“ liegt, und daß „der hier nicht zu lösenden Frage, ob gesetzlicher Nießbrauch an nicht übertragbaren Rechten stattfindet, nicht vorzugreifen“ war. Rein sprachlich ist dawider nichts zu sagen; aber nun erwacht das sachliche Bedenken, wie denn überhaupt eine „partielle Veräußerung“ (= Uebertragung), und als solche bezeichnen dieselben Motive die Nießbrauchsbestellung, an einem „unübertragbaren Rechte“ vor sich gehen könne.

ι) § 1574, 2. Als Empfängnißzeit gilt die Zeit von dem einhunderteinundachtzigsten bis zu dem dreihundertsten Tage von dem Tage der Geburt des Kindes . . . . Ist die Mutter während dieser Zeit von einem Kinde entbunden, so gehört die vor die Entbindung fallende Zeit nicht zur Empfängnißzeit des nachher geborenen Kindes.

Sagt dieser letzte Satz mehr, als was nach Naturgesetzen feststeht?

ϰ) § 1752. Erbe kann nicht werden, wer nicht den Erblasser überlebt hat.

Das liegt wohl schon im Begriff des Erben und der Erbschaft:

§ 1749. Mit dem Tode einer Person (Erbfall) geht das Vermögen derselben als Ganzes (Erbschaft) auf eine oder mehrere andere Personen (Erben) über.

Denn unter diesen „anderen Personen“ können doch Verstorbene füglich nicht mitverstanden sein. Bei weitem zweifelhafter erscheint der analoge Fall bei juristischen Personen: die nicht mehr bestehende kann sicher nicht mehr Erbe werden; aber wann hört die juristische Person zu bestehen auf? Der Entwurf § 42 hat die Antwort von sich abgeschoben. Insbesondere fraglich scheint der Einfluß des Konkurses auf juristische Personen, die nicht unter dem öffentlichen Rechte stehen. Schneidet die Konkurseröffnung bei diesen den Lebensfaden so völlig

Digitized by Google

ab, daß kein Erbschaftserwerb mehr möglich wäre? oder könnte derselbe doch noch gemacht werden und je nachdem zur Aufhebung des Konkurses führen. Daß die Entscheidung dieser Frage von den Landesgesetzgebungen, und also vielleicht von der einen anders als von der anderen gegeben werden soll, kann sicher nicht befriedigen.

Unfertige Grundbegriffe.

§ 6. Objektives Recht; Wissenschaft.

Gesetzbücher sollen keine Lehrbücher sein und nicht viel definiren. Beide Sätze von nicht zu bezweifelnder Richtigkeit sind augenscheinlich auch der Kommission wohl bekannt und nicht ohne Einfluß auf die Art ihrer Arbeit gewesen. Aber die Deutung und gehörige Begrenzung dieser Sätze unterliegt Schwierigkeiten, die im Entwurf nicht ganz überwunden zu sein scheinen.

Daß ein Gesetz nicht zu viele Definitionen bringen darf, versteht sich von selbst; es braucht aber auch das Definiren nicht ganz zu lassen, unsere besten Gesetze, Wechselordnung und Handelsgesetzbuch, sind nicht arm an Definitionen (vgl. z. B. W. O. 1, 4, 96, D. H. G. B. 4, 15, 41, 66, 85, 150, 207, 250, 360, 379, 390.). Alles kommt darauf an, die rechte Mitte zu halten. Das Gesetz soll nur definiren, wo eine Definition nöthig ist, jede unnötige Definition schadet auch. Bedenkt man, daß Aufgabe des Gesetzes überall ist, die rechtlichen Folgen der Thatsachen zu regeln, so werden alle minder bekannten und darum mißdeutlichen Thatbestandsnamen, die der Gesetzgeber gebrauchen will, definitionsbedürftig erscheinen. Auch bei Rechtsfolgenamen werden Definitionen nicht ganz zu vermeiden sein, wenn wie z. B. bei „nichtig" und „anfechtbar" die Bedeutungen noch nicht außer Zweifel stehen.

Die Definition ist eine Brücke, vom Wort zum Gedanken des Gesetzgebers; ihr eigentlicher Zweck, denjenigen für die das Gesetz gegeben wird das Verständniß, d. h. eben den Schluß von dem Wort auf den Gedanken des Gesetzgebers, je nachdem möglich oder nur leicht und sicher zu machen. Sehr häufig aber gewinnen die Definitionen einen erhöhten Werth noch dadurch, daß das Bestreben, dem Gedanken einen genau passenden Ausdruck zu verleihen, auf den Gedanken selber klärend und festigend zurückwirkt. Gewiß eine erfreuliche Nebenwirkung, die aber nicht zu dem Glauben verleiten darf, daß der Gesetzgeber da, wo er nicht zu definiren hat, auch mit weniger klaren und festen Gedanken auskommen könne.

So namentlich in Beziehung auf die Grundbegriffe. Es liegt in der Natur dieser allgemeinen Gedanken, den letzten Abstraktionen aus

Digitized by Google

so und so vielen Einzelwahrnehmungen, daß sie einer ganz scharfen, mathematisch genauen Fassung widerstreben. Gleichwohl muß jeder, der mit ihnen zu thun hat, sie so scharf ausprägen, wie er eben kann; und zu thun mit ihnen hat der Gesetzgeber so gut wie der Richter und der Lehrer. Unser ganzes Rechtssystem, damit die Möglichkeit der analogen Fortbildung, beruht auf der Festigkeit der Grundgedanken; ohne sie entsteht ein Chaos von Rechtssätzen[10]), mit dem der modern gebildete Mensch nicht mehr auszukommen vermag.

Die Grundbegriffe brauchen im Gesetzbuch nicht definirt, kaum ausdrücklich erwähnt zu werden, vielmehr dienen sie als die unsichtbaren Stützen und Träger des Ganzen. Ob in Zweifelsfällen der Gesetzgeber für die eine oder die andere von der Wissenschaft vertretene Auffassung eines solchen Begriffs sich entscheidet, ist meist von geringerer Bedeutung, unerläßlich nur daß er eine Entscheidung trifft und an der getroffenen festhält, wozu des Weiteren gehört, daß er auch bei den übrigen an anderen Stellen zu treffenden Entscheidungen jener ersten eingedenk verbleibt. Beruhen die Fundamente der Vorschriften nicht auf demselben Grundgedanken, so müssen ihre Konsequenzen über lang oder kurz nothwendig zu Konflikten führen, die den Richter Zeit und die Parteien Geld kosten.

Daß der Entwurf hierin den berechtigten Erwartungen entspreche, kann leider nicht behauptet werden. Der Fehler ist um so bedauerlicher, als er schwer zu heilen ist, Aenderungen der Fassung genügen nicht. Und eben deshalb, weil dieser Fehler nicht an der Oberfläche liegt, wird auch sein Nachweis schwierig. Aus den Worten allein ist oft nicht zu entnehmen, ob auch der Gedanke unklar, oder ob bloß Nachlässigkeit und Ungeschick die schlechte Fassung verschuldet haben. Auf beschränktem Raume lassen sich daher nur Andeutungen geben[11]), die aber ausreichen werden, unsere Behauptung einigermaßen glaubhaft zu machen. Nach einander wollen wir das objektive Recht, die subjektiven Rechte (§ 7), die Rechtsgeschäfte (§ 8), und schließlich noch einige die Grundbegriffe streifende Definitionen (§ 10) ins Auge fassen. Zuerst vom objektiven Recht.

Der Entwurf handelt davon in nur zwei Paragraphen (1 und 2), zu denen die Motive relativ breit angelegt sind (S. 1—24). Läßt man den „Staatsvertrag" und die „Autonomie", welche die Motive auch berühren, bei Seite, so finden nur zwei Arten der Rechtsnormen prinzipiell Anerkennung, „Gesetz" und „Gewohnheitsrecht"; die „Wissenschaft" wird denselben keineswegs koordinirt, doch vielfach in den Motiven ausdrücklich als wichtiger Faktor der Rechtsfortbildung genannt. Der Entwurf weiß danach von einer mittleren Quellengruppe zwischen Gesetz und Gewohnheit so wenig, wie von einer neben beiden

Digitized by Google

stehenden (nach Art der römischen aequitas, die man jetzt etwa „Billigkeit“ oder „Volksüberzeugung“ heißen könnte). Und auch der Gewohnheit wird anscheinend nur noch ein schmales Gebiet belassen:

§ 2. Gewohnheitsrechtliche Rechtsnormen gelten nur insoweit, als das Gesetz auf Gewohnheitsrecht verweist.

Beiläufig noch, daß der Entwurf selber nirgends auf Gewohnheitsrecht verweist.

Nach all' diesem, und demjenigen was in Entwurf und Motiven hieran sich schließt, wird es zweifelhaft, ob die Kommission zu klaren Gedanken sich hindurchgerungen, erstens über den Gegensatz von Gesetz und Gewohnheit, zweitens über das Wesen und Vermögen der Wissenschaft.

Hält man fest an den landläufigen Begriffsbestimmungen von Gesetz, Ausspruch des Staates, daß etwas Recht sein solle[12]), und Gewohnheit, das nur durch die Uebung bezeugte Recht, so entdeckt man zwischen beiden, in der Gegenwart und in der Geschichte, eine Reihe von Quellen, die genau besehen unter die eine Definition so wenig passen wie unter die andere, beispielsweise: edicta magistratuum, decreta und rescripta principum, responsa prudentium, auctoritas rerum similiter iudicatarum ohne Unterschied ob die Judikate einer älteren oder (wie die reichsgerichtlichen Entscheidungen) der neuesten Zeit angehören, Rechtssprichwörter, Rechtsbücher (wie der Sachsenspiegel), Statutensammlungen, Beschlüsse der Börsenältesten und anderer Vorstände kaufmännischer Vereinigungen, Gutachten von Sachverständigen-Vereinen. Hat die Kommission diese Rechtsbildungen unbedacht gelassen? sind sie als Abarten des Gewohnheitsrechts mit demselben in den Bann gethan? oder können sie wegen ihrer Gesetzesähnlichkeit auf einige Gnade hoffen? Die Motive sagen direkt nichts hierüber, aber aus einer gelegentlichen Bezugnahme erwächst die Wahrscheinlichkeit, daß diese Mitteldinge zwischen Gesetz und Gewohnheit gar nicht in Betracht genommen sind. Ein Hauptgrund „gegen die Zulassung des Gewohnheitsrechts“ (Motive I S. 8 unten) soll nämlich im „Interesse der Rechtssicherheit“ liegen, wobei Bezug genommen wird auf einen Ausspruch Jhering's, daß „Unbestimmtheit das unvertilgbare Muttermal der meisten konkreten Gewohnheitsrechte“ sei. Jhering sagt vorsichtig „der meisten“; dennoch hätten die Motive dies Citat besser weggelassen. Denn daß Gewohnheiten im engen Sinne an Unbestimmtheit zu leiden pflegen, ist eine landläufige unbestreitbare Wahrheit, die keines Belegs bedurfte; dagegen paßt die „Unbestimmtheit“ auf die meisten Zwischenbildungen durchaus nicht. Sätze wie „bona fides non patitur ut bis idem exigatur“, oder „pater est quem nuptiae demonstrant“, oder „la

Digitized by Google

recherche de la paternité est interdite" haben dieselbe Bestimmtheit und Unbestimmtheit, gleichviel ob sie als Sprichwörter oder als Gesetzesparagraphen umgehen; und die Lehren des Sachsenspiegels sind nicht „unbestimmter" als die Vorschriften des Entwurfs. — Das Endergebniß bleibt also, daß nicht klar wird, was unter die „gewohnheitsrechtlichen Rechtsnormen" des § 2 miteinzubegreifen ist, und was nicht.

Derselbe § 2 stellt aber auch noch andere dem Richter der Zukunft unbequeme Zweifel in Aussicht. Da der Entwurf selber nirgends auf Gewohnheitsrecht verweist, so kann das Wort „Gesetz" an dieser Stelle nicht auf den Entwurf gedeutet werden, und es liegt nahe, darunter „alle im Deutschen Reiche geltenden Normen" zu verstehen; nur dasjenige Gewohnheitsrecht solle fortab noch Geltung haben, auf das irgend eines dieser Gesetze verweist. Aber die Motive belehren uns, daß die Sache so doch nicht gemeint ist, vielmehr ein großer Theil unseres Gewohnheitsrechts auch ohne solchen Verweis weiterbestehen wird:

> Soweit Materien der landesgesetzlichen Normirung überlassen bleiben [was bekanntlich bei vielen und wichtigen der Fall], bewendet es hinsichtlich der Geltung des Gewohnheitsrechts und der Erfordernisse seiner Entstehung bei den bezüglichen landesgesetzlichen Vorschriften [die zum großen Theile von der Vermuthung nichts wissen]. Diese dem § 2 innewohnende Beschränkung herzustellen, bleibt dem Einführungsgesetz vorbehalten (S. 3).

Dies ist um so auffälliger, als die Motive auf der Seite vorher gerade den partikularen Gewohnheiten am schärfsten zu Leibe gehen. Da nun aber diese der Partikulargesetzgebung zu überlassenden Gebiete auch diejenigen sind, auf denen das Gewohnheitsrecht bisher schon zur besten Blüthe gediehen ist, so läßt sich erwarten, daß das Einführnngsgesetz in die Vorschrift unseres § 2 ein recht derbes Loch reißen wird. Und weiter. Wird sich der § 2 für die der reichsgesetzlichen Normirung vorbehaltenen Materien uneingeschränkt durchführen lassen? Das deutsche Handelsgesetzbuch läßt das Gewohnheitsrecht in viel weiterem Umfange zu, und es steht durchaus nicht zu erwarten, daß bei der Revision diese bewährten Bestimmungen aufgegeben werden. Sonach werden innerhalb des Reichsrechts zwei wesentlich verschiedene Prinzipien über die Wirksamkeit der Gewohnheiten neben einander in Geltung treten, das eine für alle handelsrechtlichen, das andere für die übrigen privatrechtlichen Materien. Aber läßt sich zwischen diesen und jenen die Grenze sicher ziehen? Das Handelsgesetzbuch hat bisher manche über das eigentliche Handels-

Digitized by Google

rechtsgebiet hinausgreifende Vorschriften enthalten; diese könnten fallen bei der Revision. Andere Reichsgesetze aber stehen dem Handelsgesetzbuch viel näher als dem Entwurfe, z. B. Wechselordnung, Genossenschaftsgesetz; auf die ganze Masse der durch Reichsgesetze geschaffenen Rechte an unkörperlichen Sachen nimmt der Entwurf übrigens durchgängig keine Rücksicht, soll der eine § 2 dennoch auch für sie gelten?

Noch eine Aeußerung der Motive ist nicht zu übergehen. Erwarten dieselben (S. 9),

> daß, bevor noch die Sitte oder Verkehrsbedürfnisse durch Vermittelung der Uebung zu einem neuen wahren Gewohnheitsrechte geführt haben, die Organe der gesetzgebenden Gewalt der Regel nach thätig werden und das bestehende Recht auf verfassungsmäßigem Wege durch ein den neuen Anforderungen entsprechendes Gesetz ergänzen,

so ist doch im Interesse ebenso derjenigen, welche diese Gesetze geben sollen, als derer, denen sie gegeben werden, dringend zu wünschen, daß die Fülle der Ergänzungsnovellen sich in engeren Schranken halten möge. Der Reichsgesetzgebungsmechanismus ist zu großartig und zu schwerfällig, um sich dauernd mit privatrechtlichen Minutien zu befassen; und wieder ist, nach aller Erfahrung für das Recht selber nichts ungünstiger, als wenn die Vertreter der höchsten gesetzgebenden Gewalt häufig in die Rechtsentwickelung eingreifen: viele Gesetze schlechtes Recht, ist ein alter wahrer Spruch.

Freilich verweisen die Motive daneben auf die Wissenschaft,

> deren lebendige Macht mit stets verjüngter Kraft die Fülle des Rechts erschließt.

Einverstanden, wenn mit diesen wohllautenden Worten gesagt sein soll, daß von der Wissenschaft alles gefordert wird, was sie leisten kann, und nichts darüber hinaus.

Was ist Wissenschaft, was wissenschaftliche Behandlung des Rechts? Im Gegensatz zu den Römern fehlen uns alle äußeren Kennzeichen und Merkmale. Unbedingt zu verwerfen ist die Gegenüberstellung von Wissenschaft und Praxis; die Wissenschaft kann praktisch und unpraktisch, die Praxis wissenschaftlich und unwissenschaftlich sein. Der Praxis, als der Thätigkeit, schwebende Rechtsstreitigkeiten zum Austrag zu bringen, tritt entgegen die Theorie, die keine solche Ziele in Beziehung auf den gegebenen Fall verfolgt, sondern das Recht überhaupt nur zur Anschauung zu bringen strebt, und je nach der Art ihrer Aeußerung in Literatur und mündliche Lehre sich scheidet. Ausnahmslos kann jede dieser Thätigkeiten wissenschaftlich und unwissenschaftlich geübt werden. Die wissenschaftliche Arbeit aber steht in der Mitte gleich-

Digitized by Google

sam zwischen der handwerksmäßigen und der dilettantischen. Was die Wissenschaft von beiden unterscheidet, ist die Verbindung der ehrlichen Arbeit mit dem vernünftigen Nachdenken; der Handwerker kann ein ebenso fleißiger und getreuer Arbeiter sein, ihm fehlt die vernunftgemäße Beherrschung des Stoffes; der Dilettant hat Gedanken, aber keine Ausdauer sie durchzuarbeiten, er kann anregen aber nicht den festen Bestand des Wissens mehren.

Was vermag die Wissenschaft? nichts aus sich selber, mit anderen Worten nichts aus nichts zu zeugen. Das vernünftige Nachdenken bedarf überall der gegebenen Ausgangspunkte. Sie kann interpretiren, das heißt aus den Worten nicht nur des Gesetzes, auch des Sprichwortes, des Gutachtens, überhaupt jedes Ausspruchs von rechtlicher Bedeutung, den Sinn, die vis ac potestas herauslesen; sie kann die Konsequenzen des also erkannten Satzes entwickeln und kann hieraus über das, was der Gesetzgeber wirklich gewollt hat, auch zu ermitteln suchen, was er nach seiner übrigens bekannten Art gewollt haben würde, wenn er gewisse Voraussetzungen, die er thatsächlich unbedacht gelassen, bedacht hätte. Man pflegt hierauf, wie auch die Motive thun, den Namen „Analogie" anzuwenden, und scheidet dann wohl noch „Gesetzes-" und „Rechts-Analogie", je nachdem die Folgerung von einer einzelnen Bestimmung ausgeht, oder von dem gemeinschaftlichen Inhalte mehrerer. Daß danach eine wirklich feste Grenze zwischen Rechts- und Gesetzes-Analogie nicht gezogen werden kann, ist längst bemerkt und ausgesprochen. Der Entwurf räumt der Analogie große Bedeutung ein. Die Motive sagen (S. 16):

> Der Versuch Vollständigkeit . . . . zu erstreben, wäre verkehrtes Beginnen. Das B. G. B. muß im Bedürfnißfalle aus sich selbst, aus dem in ihm enthaltenen Rechtssysteme ergänzt werden. Es enthält nicht eine todte Masse neben einander gestellter Rechtssätze, sondern ein organisches Gefüge innerlich zusammenhängender Normen. Die ihnen zu Grunde liegenden Prinzipien tragen den Keim weiteren Ausbaues in sich. Dieser Ausbau vollzieht sich im Wege der Analogie.

Mit diesen Worten ist zugleich die ausschlaggebende Bedeutung der Grundbegriffe ausdrücklich anerkannt; ohne klare Grundbegriffe keine festen Prinzipien, und diese sollen, wie wir soeben vernommen, den Rechtsbau tragen. Im Texte des Entwurfs (§ 1) wird das Wort Analogie vermieden, übrigens an der Unterscheidung von Gesetzes- und Rechts-Analogie festgehalten:

> finden die für rechtsähnliche Verhältnisse gegebenen Vorschriften Anwendung.

Digitized by Google

> In Ermangelung solcher Vorschriften, sind die aus dem Geiste der Rechtsordnung sich ergebenden Grundsätze maßgebend.

Der „Geist" gehört recht eigentlich in die dilettantischen Arbeiten hinein, die darohne ungenießbar würden; im Gesetzbuch könnte man das Wort eher missen, der „Geist der Rechtsordnung" ist am Ende nicht viel fester und konsistenter als der „Geist der Zeiten", und diese Ermunterung des subjektiven Beliebens, aus dem Gesetzbuch herauszulesen was ihm paßt, vielleicht nicht ganz unbedenklich. Uebrigens wollen wir die Gefahr auch nicht überschätzen: der Ausdruck des Entwurfs ist breiter und gespreizter als der vulgäre, wird aber doch regelmäßig auf den bekannten Gegensatz der Gesetzes- und Rechtsanalogie ausgedeutet werden, und gerade so unbestimmt bleiben, wie dieser Gegensatz bislang gewesen ist.

Des Weiteren kann die Wissenschaft Gewohnheiten konstatiren und das Recht aus ihnen entwickeln, auch analog erweitern, wie aus den Gesetzen. Sie kann auch aus der aequitas, der noch durch keine Uebung bestätigten Volksüberzeugung zu schöpfen suchen; doch ist augenscheinlich diese Quelle noch unbestimmter und schlechter zu greifen als jede Gewohnheit, und das Beachtungsverbot des Entwurfs deshalb unweigerlich auf sie mitzuerstrecken. Endlich wäre es denkbar, aus dem Naturrecht Sätze herzuleiten, denkbar für den, der noch an das Dasein und die Entdeckbarkeit dieser Rechtsart glauben möchte. Die Motive (S. 16) erklären sich dawider:

> Dem sog. Naturrecht maßgebende Bedeutung beizulegen, verbietet sich schon deshalb, weil diesem „durch aprioristische Konstruktion gefundenen Rechte, dessen Inhalt in jedem gegebenen Falle nur dasjenige bildet, was der Konstruirende für wahr, hält" *objektive Rechtsnormen sich nicht entnehmen lassen.*

Hiermit ist auch die Berücksichtigung der sog. „Natur der Sache" verpönt; denn von dieser ist zu reden nur wenn man annimmt, daß die Sache, will sagen ein gewisser Thatbestand, entweder ganz allgemein (also nach Naturrecht) oder unter gegebenen Verhältnissen nach der durchschlagenden allgemeinen Ueberzeugung (aequitas), bestimmte Folgen rechtlicher Art nach sich ziehen müsse. Die Berücksichtigung der Natur der Sache, welche die Motive (S. 17) zulassen, ist durchaus keine Rechtsquelle für sich,

> die Entscheidung darf *nicht* aus Momenten genommen werden, welche *außerhalb des positiven Rechts liegen.*

Digitized by Google

Wird dann fortgefahren „die faktische Natur des betreffenden Verhältnisses muß ergründet und letzteres derjenigen Norm unterstellt werden, welche sich aus den allgemeinen dem positiven Rechte zu Grunde liegenden Prinzipien und der in ihrer Eigenart erkannten thatsächlichen Gestaltung mit logischer Konsequenz ergiebt", so ist das entweder trivial oder unklar: trivial, wenn die Rechtsfindung, von der geredet wird, nur die der Rechtsanalogie ist, denn daß man bei dieser die Thatbestände, für welche das Recht geschaffen werden soll, kennen und berücksichtigen muß, weiß Jedermann; unklar, wenn noch irgend eine andere Art der Rechtsfindung gemeint ist, denn man weiß nicht welche.

Trotz allem entgegenkommenden Wohlwollen würde hiernach die Wissenschaft doch im Wesentlichen sich beschränkt sehen auf die Interpretation und auf die analoge Uebertragung der Sätze des Entwurfs. Wobei noch zu beachten, daß auch auf diesem engbegrenzten Felde die Wissenschaft nie darauf zählen kann, unumstößliche Resultate zu ergeben, wie denn namentlich, sobald einmal über eine Auslegungs- oder eine Uebertragungsfrage verschiedene Meinungen wissenschaftlich begründet worden sind, eine solche Streitfrage Anwartschaft hat, in alle Ewigkeit fortzubestehen, d. h. bis dahin, daß eine stärkere Hand als die des wissenschaftlichen Forschers ihr ein Ende bereitet. Das lehrt die Erfahrung: wie viele Kontroversen haben seit der Glossatorenzeit bis in unsere Tage sich verschleppt, wie wenige sind auf rein wissenschaftlichem Wege abgethan, nicht einmal bei der relativ einfachen und wenig bedeutenden Vitalitätsfrage ist dies gelungen. Mit derartigen Dingen aufzuräumen, vermag neben dem Gesetzgeber nur eine weniger wissenschaftliche als autoritätsgläubige Praxis, die so erkennt, nicht weil sie diese Entscheidung übrigens als richtig zu erweisen vermöchte, sondern darum weil Andere früher schon ebenso erkannt haben, eine Rechtsquelle, die mit der Wissenschaft so wenig gemein hat, wie mit dem Gesetz, und nur als Abart des Gewohnheitsrechts gelten kann, also nach dem Entwurf eigentlich nicht gelten sollte.

Ueberschlagen wir nun die Masse der im Entwurf gelassenen Lücken und Zweifel, so wird die auf der gemeinsamen Bahn gewissenhaft korrekt vorschreitende Wissenschaft zur Lösung und Füllung nicht ausreichen. Also? werden Praktiker und Theoretiker sich oft in eine civilistische Nothlage versetzt sehen und ihre Aufgaben lösen, wie diese eben zu lösen sind, mit einer Thätigkeit die bald rein und bald nicht ganz rein wissenschaftlich sein mag, und die auch mit den vom Gesetz gegebenen Vorschriften je nach Bedürfniß sich abzufinden versteht.

Digitized by Google

§ 7. Die subjektiven Rechte.

Eckpfeiler des heutigen Rechtssystems ist „das subjektive Recht". Nicht immer hat es diese Bedeutung gehabt, zumal nicht in Rom, wo „actio" und „quod venit in actionem" weitaus wichtigere und besser gepflegte Dinge waren. Die moderne Jurisprudenz hat längst eingesehen, daß wir nicht stehen bleiben dürfen bei dem Wenigen, das etwa aus den römischen Quellen über das subjektive Recht zu entnehmen wäre, sondern daß es vielmehr unsere eigenste Aufgabe ist, den Begriff aus dem in unserem Rechte vorhandenen Material unserem Bedürfniß entsprechend zu gestalten. An der Arbeit hatte sich der Gesetzgeber zu betheiligen, sicher nicht mit der Aufstellung einer Definition, wohl aber damit, daß er selber zu einer festen unausgesprochenen Begriffsbestimmung sich bekannte, was dann darin hervortreten mußte daß alle einzelnen Rechte, die er geschaffen, dasselbe Gepräge trugen, alle mit Leichtigkeit denselben Hauptregeln zu unterstellen waren. Ist das erreicht?

A. § 206. Gegenstand eines Schuldverhältnisses kann ein Thun oder Unterlassen des Schuldners (Leistung) sein.

„Schuldverhältniß" statt „Obligation", „Gegenstand" statt „Objekt". „Schuldverhältniß" ist ein der Literatur und Gesetzgebung längst bekannter Ausdruck, bei dem nur zu bedauern, daß „Schuldverhältnißrecht" nicht üblich, und „Recht der Schuldverhältnisse" weniger geschmeidig als „Obligationenrecht"; vielleicht wäre „Schuldrecht" brauchbarer. Bedenklicher ist „Gegenstand" für „Objekt"; denn diesem sehen wir die Beziehung zu einem Subjekt und einer Handlung an, vom „Gegenstand" aber spricht man, und spricht namentlich der Entwurf auch ohne an solche Beziehungen zu denken. Der „Gegenstand" besitzt eine unbehagliche Vieldeutigkeit. Gleich auf der nächsten Seite spricht § 213 vom „Gegenstand der Leistung"; da die Leistung selber „Gegenstand" der Obligation ist, so erhalten wir hiermit „den Gegenstand des Gegenstandes eines Schuldverhältnisses". Bestünde die geschuldete Leistung aber etwa in der Verschaffung einer Forderung, so käme es gar zu einem Gegenstande vierter Potenz. Später handelt § 344—358 vom „Gegenstand der Verträge"; hat jeder privatrechtliche Vertrag einen „Gegenstand", z. B. Verlöbniß, Ehevertrag, Erlaß, Anerkennung? wobei zu beachten, daß § 359—369 den „Inhalt über Schuldverhältnisse aus Verträgen" dem „Gegenstand" entgegensetzt. Beiläufig ist in den §§ 344—358 nur an obligatorische Verträge gedacht, und die Leistung als Gegenstand der entstehenden Obligation ist auch „Gegenstand des Vertrages". Aber „Gegenstand" ist dann auch wieder das Objekt dieser Leistung, vgl.

Digitized by Google

u. a. §§ 240, 244; ein „in sich bestimmter Gegenstand" ist eine speziell, oder besser individuell bezeichnete Sache ob die Verdeutschung „in sich bestimmt" zu loben, muß dahingestellt bleiben. Recht unangenehm berührt noch der „erbschaftliche Gegenstand" in dem Kapitel „Erbschaftskauf" § 488—501: bald ist er ein Recht, das zum Bestande der Erbschaft (= Vermögen) gehört, z. B. § 491 „Veräußerung erbschaftlicher Gegenstände", denn veräußern können wir nur Rechte, und „Veräußerung einer Sache" ist bloß der vulgäre Ausdruck für die Veräußerung eines Rechtes an der Sache; und dann wird wieder von der „Verschlechterung erbschaftlicher Gegenstände" geredet, und dabei augenscheinlich an die körperliche Verschlechterung der Sachen gedacht, welche die Objekte der zur Erbschaft gehörigen Rechte sind. Im § 778: „Sachen sind .... körperliche Gegenstände", löst sich der „Gegenstand" völlig ab von der Beziehung zum Subjekt und zur Behandlung. Kurzum, wird der Entwurf unseren Wünschen gemäß zum Gesetz erhoben, so wird sich bald die Nothwendigkeit einer kleinen Monographie über die Bedeutung des „Gegenstand" in demselben herausstellen. — Aber der vorangestellte § 206 ist auch in anderer Beziehung hochbedenklich. Also die „Leistung", die von dem Schuldner zu erwartende Handlung (oder Unterlassung) ist „Gegenstand" oder „Objekt" desjenigen Rechts, das „Schuldverhältniß" geheißen wird. Sei es immerhin, daß es auch Rechte ohne Objekte gebe, aber für die Rechte an Objekten oder Gegenständen muß die Beziehung vom Objekt zum Recht durchweg die gleiche sein. Rechte an Objekten sind zweifellos

die Rechte an Sachen, dingliche Rechte, und
die Rechte an unkörperlichen Sachen, Autorrechte ꝛc.

Die Obligationen aber sollen die Leistung zum Objekt haben? Die Behauptung ist in der Literatur oft genug aufgestellt, aber eine abwegige Meinung, die einen Drucker gefunden, verdient darum noch keine Aufnahme ins Gesetzbuch. Auf die „Sache" und auf die „unkörperliche Sache" steht dem Berechtigten Einwirkung zu, sie hängen ab von seinem Willen, das Gesetz erkennt die Einwirkung als eine rechtmäßige an und stellt nach Umständen Staatshülfe wider Störungen dieser Rechtsausübung in Aussicht. Damit ist die Stellung kenntlich bezeichnet, welche der „Gegenstand eines Rechts" zu diesem Rechte einnimmt: die Leistung aber nimmt dieselbe Stellung zum Schuldverhältniß zweifellos nicht ein, daher es logisch unzulässig ist, die Leistungen mit den körperlichen und unkörperlichen Sachen zu einem Begriffe zusammenzufassen, und irreleitend auf so verschiedene Dinge denselben Namen „Gegenstand des Rechts" anzuwenden. So lange die Obligation besteht, giebt es keine Leistung; tritt die Leistung ein, so hebt sie die Obligation auf: also bekäme man ein Recht, dessen Objekt

Digitized by Google

eine res futura wäre, und das durch das Existentwerden seines eigenen Objekts aufgehoben würde. Zudem ist die Leistung als Handlung eines Anderen prinzipiell unabhängig vom Willen des Berechtigten. Analog der Sache und der unkörperlichen Sache können als Objekte von Schuldverhältnissen erfaßt werden nur die Person und das Vermögen des Schuldners.

Dieselbe Unklarheit in Beziehung auf das Objekt des Rechtes tritt auch in den folgenden Stellen hervor

> § 1146. Das Faustpfandrecht kann an einem Bruchtheile der Sache begründet werden.

Man quält sich, hiermit einen Gedanken zu verbinden.

> § 1184. Ist der Antheil eines Miteigenthümers Gegenstand des Faustpfandrechts ....
>
> § 1185. Besteht das Faustpfandrecht an dem Bruchtheile einer Sache außer dem im § 1184 bezeichneten Falle ....

Also besteht auch im § 1184 „ein Faustpfandrecht am Bruchtheile einer Sache", also ist auch das Pfandrecht „am Antheil des Miteigenthümers" ein Pfandrecht am „Bruchtheil der Sache". Beide Ausdrücke aber bezeichnen in Wirklichkeit, was auch seitens der einzelnen Kommissionsmitglieder schwer zu leugnen sein wird:

> ein Recht an der ganzen Sache, denn es giebt kein Partikelchen der Sache, das diesem Recht nicht unterläge,
> aber ein Recht von nur beschränktem Umfange, ein Quotenpfandrecht des Inhalts,
> daß bis auf Weiteres der Berechtigte eine Eigenthumsquote (= Berechtigung eines Miteigenthümers) auszuüben, und daß derselbe schließlich diese Quote zum Verkauf zu bringen oder reelle Theilung zu erzwingen (vgl. § 1184, 1185, 769) befugt ist.

B. Der Entwurf spricht auch von Rechten an Rechten, „Nießbrauch an Rechten" § 1021—1037, „Pfandrecht an Rechten" § 1206 bis 1226, und bezeichnet ausdrücklich diese Rechte als „Gegenstand" jener §§ 1027, 1028, 1033, 1035, 1038, 1217, vgl. auch § 1218: die Forderung ist Gegenstand des Pfandrechts, die Leistung Gegenstand der Forderung, und dann hat auch die Leistung wieder ihren Gegenstand. Die beiden Kapitel sind dem Inhalte nach ebenso unfertig wie schwerfällig im Ausdruck, ihre praktische Anwendung muß zu Zweifel und Streit führen. Schuld an alledem ist wiederum vornehmlich die Unklarheit der Grundgedanken, daß vom „Gegenstand" der Rechte geredet wird, ohne Feststellung des Gegenstandsbegriffes. Auch daß die Kommission mit dem Begriff der konstitutiven Uebertragung nicht vertraut geworden, ist zu bedauern, da die Benutzung gerade dieses

Digitized by Google

Hülfsmittels es leicht macht, auf alle hierzu gehörigen Fragen, klare und praktisch brauchbare Antworten zu geben. Zu diesen Ausdrücken regt Gierke[13]) ein Problem an, mit dem unsere Jurisprudenz wohl noch lange zu thun haben wird:

> Sobald einmal ein Nießbrauch oder ein Pfandrecht an einer Forderung, Hypothek, Grundschuld, einem Nießbrauch oder überhaupt einem Recht angenommen wird, scheint doch als Ergänzung hierzu unausbleiblich auch ein Eigenthum an denselben Gegenständen vorgestellt werden zu müssen.

Ich weiß nicht ob der Germanist sich entsinnt, daß die Römer gerade ein „dominium ususfructus“ fr. 3 si ususfr. 7, 6 kennen. Einverstanden, „an Rechten“ giebt es Eigenthum so gut wie Nießbrauch, Pfandrecht ꝛc., aber selbstverständlich dann auch „Eigenthum am Eigenthum“. Damit ist zugleich dargethan, daß wir in solchen Wendungen Eigenthum, und ebenso alle anderen ähnlich verwendbaren Rechtsnamen in zwei verschiedenen Bedeutungen gebrauchen: „Eigenthum“ in einem Sinne wäre die Herrschaft, der die Sache unterliegt gleichviel wer der Herr, „Eigenthum“ im anderen Sinne die Zuständigkeit, und zwar die volle dieses Rechtes zu einer Person. Diese Zuständigkeitsverhältnisse sind bisher noch sehr wenig durchdacht, und es tritt nun die Frage an uns, sollen wir nur Verschiedenheiten des objektiven Rechtsbestandes annehmen, der einer Person nur entweder zustehen oder nicht zustehen kann? oder auch Verschiedenheiten des Zuständigkeitsverhältnisses, dasselbe Recht käme in einer Weise dem Mündel, in anderer dem Vormund zu? Der Romanist dürfte gegen diese weitere Analyse des Rechtsstoffes am wenigsten einzuwenden haben; ob die Resultate praktisch brauchbare werden, ist nicht gleich zu übersehen, und hier nicht weiter zu verfolgen, da Entwurf und Motive für die Entscheidung dieser Fragen durchaus keinen Anhalt geben.

C. Mit der Unsicherheit des Begriffs des subjektiven Rechts im innigsten Zusammenhange steht die Unsicherheit des Vermögensbegriffs. Besteht ein „Vermögen“ ausschließlich aus Rechten, und zwar Rechten bestimmter Art, oder aus Rechten und zudem auch aus Gütern, Sachen, überhaupt Dingen anderer Art? Wahrscheinlich ist diese Frage in der Kommission nie scharf formulirt worden; es wäre sonst kaum möglich gewesen zu übersehen, daß, wo das Vermögen den Juristen angeht, bei der Vollstreckung der Exekution dem Konkurs dem Generalpfand der Erbschaft u. s. w., der mit diesem Namen zu verbindende Begriff allezeit als Komplex von Rechten und nur von Rechten auftritt. Nach dem Entwurfe aber soll ein Vermögen sich zusammensetzen aus „Gegenständen“ (vgl. z. B. § 1038) und diese Vermögensgegenstände (z. B. § 1042) sind dann wieder bald Sachen, bald Rechte.

Digitized by Google

Gierke hat diese Unklarheit des Entwurfs auch bereits gerügt[14]), die Schädlichkeit derselben bedarf keiner weiteren Erläuterung; also genug davon.

D. Die Unsicherheit des Vermögensbegriffs hat dann wieder die Unsicherheit über das Verhältniß eines Vermögens oder eines kleineren Vermögenskomplexes (= Sonderguts), zu den daran haftenden Schulden als weitere Folge nach sich gezogen:

> § 1367. Die Gesammtgutsverbindlichkeiten fallen auch im Verhältnisse der Ehegatten zu einander dem Gesammtgut zur Last.
>
> Folgende Gesammtgutsverbindlichkeiten fallen jedoch im Verhältnisse der Ehegatten zu einander nicht dem Gesammtgute, sondern demjenigen Ehegatten zur Last, in dessen Person sie entstanden sind. (Vgl. § 1294 Nr. 4 und 5, § 1316.)

Auch der geübte Jurist wird einige Mühe haben, aus diesen Worten den Sinn zu entnehmen, und die Motive (V 384—385) verbrauchen beinahe eine ganze Seite, um denselben auch nur Juristen verständlich zu machen; die Laienwelt wird freilich ohnehin bald darauf verzichten, aus diesem Gesetzbuch irgend welche Rechtsbelehrung zu schöpfen. Dennoch ist das Bedauern schwer zu unterdrücken, daß bei einem das allgemeine Interesse in so hohem Grade fesselnden Stoffe wie gerade das eheliche Güterrecht ihn enthält, die Fassung sich durch besondere Schwerfälligkeit und Dunkelheit auszeichnet. Auffällig um so mehr, als dies rein deutsches und lediglich im Hinblick auf die Bedürfnisse der Gegenwart konstruirtes Recht ist. Vor anderem bedenklich erscheinen die Gesammtgutsverbindlichkeiten, die doch unter Umständen „dem Gesammtgute zur Last fallen", und zwar „im Verhältniß der Ehegatten zu einander" dem Gesammtgute bald zur Last und bald nicht zur Last fallen sollen. Gemeint wird, daß die „Gesammtgutsverbindlichkeiten", d. i. nach den Motiven

> Verbindlichkeiten des einen oder des anderen Ehegatten, wegen deren die Gläubiger auch aus dem Gesammtgute Befriedigung verlangen können (§ 1352, 1)

in zwei Klassen zerfallen:

> in echte Gesammtgutsverbindlichkeiten, bei denen, sobald aus dem Gesammtgute gezahlt worden, kein Rückgriff an eine andere Vermögensmasse, umgekehrt aber, wenn aus einer andern Masse gezahlt worden, der Rückgriff an das Gesammtgut begründet ist, und
>
> in unechte Gesammtgutsverbindlichkeiten, bei denen, sobald aus dem Gesammtgute gezahlt worden, ein Rückgriff gegen

Digitized by Google

andere Massen, und sobald aus anderen Massen gezahlt worden, kein Rückgriff gegen das Gesammtgut begründet ist. Wieviel kürzer, eleganter und zugleich verständlicher ist die Sprache des deutschen Handelsgesetzbuchs zur Bezeichnung eines verwandten Verhältnisses: Kommissionär ist wer „im eigenen Namen für Rechnung eines Kommittenten" kontrahirt.

E. „Natürliche Verbindlichkeiten" oder einen anderen Namen für denselben Begriff kennt der Entwurf nicht, wohl aber nicht ganz wenige Gebilde, die sich als zahlbare, doch nicht oder nur schlecht erzwingbare Schulden darstellen, und die also dem hergebrachten Begriffe der Naturalobligation entsprechen; z. B.

α) § 132. Verjährte Ansprüche. Eine frühere Fassung des Entwurfs sagt noch deutlicher:

> Auf die Verjährung kann nach deren Vollendung verzichtet werden.
>
> Das Gericht darf die Verjährung nur berücksichtigen, wenn dieselbe geltend gemacht wird.

Die jetzige Fassung soll denselben Sinn haben (vgl. Motive I § 182);

β) § 191, 2. Aberkannte Ansprüche;

γ) § 664. Spielschulden;

δ) § 684. Abstrakte Schuldversprechen, die kondizirt werden könnten;

ε) § 2092, 2094, 2095. Durch das Inventarrecht beschränkte Forderungen;

ζ) § 65. Obligationen aus den Geschäften Minderjähriger, solange die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters noch zu erwarten steht.

Der Entwurf vermeidet, wie den gemeinschaftlichen Namen so gemeinsame Rechtssätze für diese Verhältnisse aufzustellen; genau besehen wirkt jedes ein wenig anders als jedes andere: α, β, δ, ε, sind klagbar, γ, überhaupt nicht, ζ, einstweilen nicht; bei α, β, δ, ε, stehen Einreden entgegen, auf die verzichtet werden kann, die Einrede bei ε, kann auch anders als durch Verzicht verloren werden (§ 2095), zudem können all diese Einreden im Prozeß versäumt werden, mag Beklagter von der Einrede gewußt haben oder nicht, und mag die Einrede vorgebracht sein oder nicht, ist sie vom Richter unbeachtet geblieben und das Erkenntniß rechtskräftig, so ist es auch unanfechtbar (§ 191). Die Verjährung der Forderung (α) befreit die für dieselbe bestellten Pfandrechte nicht (§ 183), das Inventarrecht (ε) kommt dem Bürgen nicht zu gute (§ 671, 2). Diese Spezialisirung des Rechts entspricht dem römischen Vorbild; aber die deutschen Romanisten haben seit

Digitized by Google

Langem unbewußt und bewußt dahin gedrängt, aus der Mosaik der römischen Sätze allgemeine Vorschriften zu gewinnen. Wir wollen wissen, was ist eine klagbare Forderung? ein Recht, kein Recht? wenn Recht, welcherlei Art? wenn kein Recht, was sonst, denn ein Etwas ist es doch? dies alles soll nicht unsere spekulative Neugier befriedigen, sondern den Grund geben zur Lösung der praktischen Fragen. Das römische Recht enthält sehr viele Detailantworten; uns widerstrebt diese kasuistische Methode, und wir tadeln am Entwurf keineswegs, daß er sie nicht übt; aber da er auch den allgemeinen Begriffen und Sätzen aus dem Wege geht, könnte es doch leicht geschehen, daß die einzelne Frage keine oder doch nicht gerade diejenige Antwort findet, welche die Kommission ihr zugedacht hatte. All die genannten schwachen Forderungen α, — ζ, sind zahlbare, die Zahlung die darauf erfolgt ist Zahlung, nicht Schenkung oder grundlose Bereicherung, sie können auch durch Hingabe an Zahlungsstatt getilgt welden, § 264 spricht bei dieser Gelegenheit auch von der Ausstellung einer neuen Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt: giebt es einen Unterschied zwischen dem Schuldversprechen „über eine Spielschuld oder eine Wettschuld" (§ 664) und der Uebernahme einer neuen Verbindlichkeit an Erfüllungsstatt? Es wird schwer halten, hier zu einem durchweg konsequenten und zugleich praktisch befriedigenden Recht zu gelangen. Eine andere Schwierigkeit entsteht, wenn andere Personen, wie Vormund Kurator Beauftragter Gestor zahlen; dürfen sie derartige Auslagen in Anrechnung bringen? Gerade dieser Fall ist von den römischen Juristen häufig und mit größter Sorgfalt behandelt. Im Entwurf fehlen die speziellen Vorschriften; reichen die allgemeinen aus? Der Vormund soll nicht schenken (§ 1661), dies sind keine Schenkungen; aber der Vormund darf sogar Schenkungen machen, „welche durch eine sittliche Pflicht oder die auf den Anstand zu nehmende Rücksicht gerechtfertigt werden", gebieten Sitte und Anstand als zweifellos bekannte Schulden, die aber verjährt (α) oder durch Zufall aberkannt (β) sind, zu zahlen? Oder soll man sagen, derartige Halbschulden sind von den genannten Vertretern weder stets noch nie zu zahlen, es kommt auf die Umstände an: rechtfertigen diese die Zahlung (z. B. die Halbgläubiger sind vielleicht Verwandte die zu beerben wären, Geschäftskunden mit denen man es nicht verderben darf, sonst einflußreiche Gönner), so können die Vertreter zahlen, und das Gezahlte in Rechnung stellen. Aber das ergäbe doch voraussichtlich ein schwankendes prozeßreiches Recht, zumal wenn man § 759 und die aus ihm zu ziehenden Analogieen mit in Betracht nimmt.

Digitized by Google

§ 8. Rechtsgeschäfte.

Unter allen Vorgängen von rechtlicher Bedeutung steht das Rechtsgeschäft obenan. Außer gelegentlichen Vorschriften von weiter tragendem Inhalt bei den einzelnen Geschäften, handelt davon der längste Abschnitt des allgemeinen Theils I 4, in zehn Titeln und achtzig Paragraphen.

A. Eine Definition giebt der Entwurf nicht, wohl aber die Motive I S. 126:

> Rechtsgeschäft ist eine Privatwillenserklärung gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist.

Dazu auf derselben Seite die Bemerkung:

> Die Ausdrücke „Willenserklärung" und „Rechtsgeschäft" sind der Regel nach als gleichbedeutend gebraucht.

Da Bemerkung und Definition bestens zu einander stimmen, und die Richtigkeit der Bemerkung durch den Augenschein bestätigt wird, kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Kommission auch für die Definition verantwortlich zu machen ist. Gegen dieselbe und ihre Konsequenzen ist mancherlei zu erinnern:

1. Die Gesetzessprache hat jeden Luxus zu meiden: jeder Ausdruck soll nur eine Bedeutung, jeder Begriff nur ein Zeichen haben. Abweichungen von diesen Regeln ziehen allemal Unklarheit nach sich, und diese wird um so größer, je fundamentaler die mehrfach bezeichneten Begriffe sind. Es wäre also unter allen Umständen zu tadeln, daß die Ausdrücke „Willenserklärung" und „Rechtsgeschäft" „der Regel nach als gleichbedeutend" gebraucht werden, und ist das auch durch den Vorgang sehr namhafter Schriftsteller nicht zu entschuldigen.

2. Unverkennbar ist der Sprachfehler hier zugleich ein Denkfehler: „Rechtsgeschäft" und „Willenserklärung" sind eben nicht aus einander gedacht. Und das war doch gar nicht so schwer:
Der Vertrag, das bekannteste aller Rechtsgeschäfte, gilt dem Entwurf, wie sonst regelmäßig, als Ein Rechtsgeschäft;
der Vertrag erfordert zwei oder mehr Willenserklärungen;
also müssen Rechtsgeschäft und Willenserklärung verschiedene Dinge sein. Kein Rechtsgeschäft ohne Willenserklärung, wie kein testamentum ohne heredis institutio; aber welcher der römischen Juristen hätte sich erlaubt testamentum und heredis institutio „der Regel nach als gleichbedeutend" zu gebrauchen, waren sie in Bezeichnungsfragen auch sonst oft recht leichtfertig.

Digitized by Google

Ein Rechtsgeschäft kann mehrere Willenserklärungen in sich begreifen, ebenso wie Willenserklärungen und andere Dinge, namentlich „Realakte" nebeneinander.

3. Das Uebersehen des realen Elements im Rechtsgeschäft erscheint hiernach als Folge der mangelhaften Feststellung dieses Grundbegriffs, zeugt aber auch von ungenügender Umschau unter den Gestaltungen der Gegenwart. Denn die Realakte sind durchaus keine Besonderheit des römischen Rechts, sie haben heute noch, wenn nicht ganz die gleiche, doch auch keine geringere Bedeutung. In der Zahlung beispielsweise steckt regelmäßig ein Realakt. Nicht jede Aufhebung durch Realakt (z. B. in solutum datio) ist Zahlung, nicht jede Aufhebung (z. B. Erlaß) geschieht durch Realakt. Und wenn auch einzelne Zahlungen (ich gebrauche das Wort für solutio, Aufhebung der Obligation durch Vornahme der geschuldeten Leistung) ausnahmsweise ohne Realakte geschehen können, wie etwa bei den Obligationen auf Unterlassen, zum normalen Bestande der Zahlung gehört das reale Element unzweifelhaft. Wie das Uebersehen desselben den Entwurf geschädigt hat, davon vorläufig ein Beispiel:

> § 74. Ist die Wirksamkeit einer Willenserklärung davon abhängig, daß sie gegenüber einem Betheiligten abgegeben wird, und erfolgt die Willenserklärung in Abwesenheit desselben, so wird zur Wirksamkeit erfordert, daß die ausdrückliche Willenserklärung ihm zukommt, die stillschweigende Willenserklärung zu seiner Kenntniß gelangt.

Nun nehmen wir folgenden Fall: Einer Offerte ist die offerirte Waare, 100 Cigarren, Flaschen Wein 2c. beigegeben. Der Empfänger probirt, findet Gefallen und raucht in voller Kenntniß des ganzen Sachverhalts die 100 Cigarren auf. Man wird geneigt sein, das für eine stillschweigende Annahme der Offerte anzusehen; nach dem Entwurf wäre alsdann der Annehmer gebunden nicht schon durch das Aufrauchen der letzten Cigarre, sondern erst durch die Kenntniß, die der Offerent hiervon erhielte. Zugegeben, daß die praktischen Differenzen selten hervortreten werden; aber wie sollen wir dem Laien verständlich machen, daß nicht das Aufrauchen verpflichte, sondern erst die Nachricht, die davon zu dem Offerenten hin durchdringt? und ehrlich, wir Juristen, einschließlich der Mitglieder der Kommission, glauben das selber nicht, sondern behaupten es höchstens einmal, wenn wir aus den Schlingen einer Doktrin, in die wir uns verstrikt haben, augenblicklich uns nicht anders herauszufinden wissen. Indessen muß zweierlei hierzu bemerkt werden: erstlich, daß Entwurf und Motive nichts darüber sagen, welche Willenserklärungen als stillschweigende, welche als ausdrückliche gelten sollten (vgl. unten § 9); und zwei-

Digitized by Google

tens, was für den vorliegenden Fall von größerer Bedeutung sein könnte, gehört der Realakt des Aufrauchens etwa zu denjenigen Willenserklärungen, „deren Wirksamkeit nicht davon abhängig ist, daß sie gegenüber einem Betheiligten abgegeben werden"? Ich bekenne offen, dies nicht zu wissen, und suche die Ursache dieses Nichtwissens in der Unklarheit des Entwurfs, der die scharf bestimmte, oder doch leicht scharf zu bestimmende Kategorie der Realakte übergangen und den viel unbestimmteren Gegensatz der Willenserklärungen, die gegenüber einem Betheiligten oder nicht gegenüber einem Betheiligten abzugeben sind, eingeführt hat.

B. Unter allen Rechtsgeschäften sind die „Zuwendungen" die häufigsten und wichtigsten. Der Begriff ist bis jetzt noch nicht ganz sicher festgestellt; eben deshalb wäre die Feststellung vom Gesetz zu fordern. Daß Zuwendung sich im Allgemeinen etwa mit der Uebertragung eines Rechtes aus einem Vermögen in ein anderes deckt, mag noch als gewiß gelten. Dagegen bleibt zweifelhaft:
ob der Name Zuwendung ausschließlich auf Rechtsgeschäfte zu beschränken ist, so daß Bereicherung durch Einpflanzen Einsäen Einbauen 2c., wo die Realakte auch unabhängig von einem konkurrirenden Willen und seiner Erklärung übertragend wirken, keine Zuwendung wäre, oder ob wir vielmehr geschäftliche und nicht geschäftliche Zuwendung zu unterscheiden hätten;
zweitens, ob unter Zuwendung zu verstehen ist bloß das Uebertragungsgeschäft für sich, oder dasselbe Geschäft in Verbindung mit der auf den weiteren (zweiten) Erfolg der Zuwendung gerichteten Absicht. Nach jener Auffassung wären Darlehnsgabe und Zahlung zusammengesetzt aus je einer Zuwendung und einer zweiten Willenserklärung (mittelst der Zuwendung eine Forderung zu begründen oder zu tilgen); nach dieser wären dieselben Geschäfte je Eine Zuwendung, aber jede dieser Zuwendungen bestände aus zwei Akten, dem der reinen Uebertragung, und dem der Erklärung des mit dieser Uebertragung beabsichtigten Zweckes. Beiläufig würde nach der ersten Auffassung jede Zuwendung an sich den Empfänger bereichern, und es käme auf die Nebenverabredungen nur an, ob die Bereicherung bleiben oder durch Gegenleistungen ausgeglichen werden sollte; nach der zweiten aber wäre zwischen unentgeltlichen (bereichernden) und entgeltlichen (prinzipiell nicht bereichernden) Zuwendungen zu unterscheiden. Empfehlenswerther scheint es, „Zuwendung" nur bei Bezeichnung des reinen[15]) Uebertragungsgeschäfts zu verwenden; aber auf alle Fälle zu fordern war eine feste Wahl. Diese ist nicht getroffen; die Folgen sind nicht ausgeblieben und zeigen sich beispielsweise bei der Definition der Schenkung:

Digitized by Google

§ 437. Als Schenkung gilt die an einen Andern erfolgende Zuwendung, durch welche das Vermögen des Zuwendenden vermindert und der Andere bereichert wird, sofern sie in der Absicht dieser Bereicherung geschieht, und der Andere die Zuwendung als Geschenk annimmt.

Legt man hier die vorstehend empfohlene Bedeutung von Zuwendung zu Grunde, so erscheint dieser Paragraph geradezu als Sammelfigur der Mängel einer Gesetzessprache:

α) „Als Schenkung gilt“ [16]); statt dessen wäre zu sagen gewesen „Schenkung ist“.

β) „An einen Andern erfolgende Zuwendung“; kann Jemand auch eine Zuwendung an sich selber machen?

γ) „durch welche das Vermögen des Zuwendenden vermindert wird“; versteht sich bei diesem Begriff der Zuwendung von selbst; übrigens klänge „des Zuwenders“ etwas weniger klapperig als „des Zuwendenden“.

δ) „und der Andere bereichert wird“; ebenso überflüssig. Beiläufig ist „der Andere“ auch ein Lieblingswort des Entwurfs, über das eine Monographie zu schreiben ist, wie über den „Gegenstand“; hier wäre es durch das präcisere „der Empfänger“ zu ersetzen, ein Ausdruck, der keinem Bedenken unterliegen kann, wo „der Andere die Zuwendung annimmt“.

ε) „sofern sie in der Absicht dieser Bereicherung geschieht“. Halten wir an der angegebenen Bedeutung der Zuwendung fest, so wirkt jede Zuwendung (an sich) bereichernd; daß die Zuwendung in der Absicht „dieser, d. h. der in ihr liegenden Bereicherung geschieht, hat die Schenkung mit allen anderen rechtsgeschäftlichen Zuwendungen gemein, dagegen bleibt gerade das, was die Schenkung von den andern unterscheidet, die beabsichtigte Unentgeltlichkeit der Zuwendung, unausgesprochen.

ζ. „sofern der Andere die Zuwendung als Geschenk annimmt“; aber wenn wir bereits wußten, was „Geschenk“ ist, so hätte man ja auch kürzer und ganz ebenso deutlich sagen können:

„Schenkung ist eine Zuwendung, die von dem Einen als Geschenk gegeben, von dem Andern als Geschenk genommen wird.

Die meisten dieser Vorwürfe bleiben bestehen, auch wenn man von dem andern Begriff der Zuwendung ausgeht, doch verlieren die zu γ und δ gerügten Wendungen die leidige Selbstverständlichkeit. Immerhin wäre, was gemeint ist, auch minder schwerfällig zu sagen gewesen, z. B.:

Digitized by Google

> Schenkung ist die Zuwendung, bei welcher eine Bereicherung des Empfängers aus dem Vermögen des Gebers von beiden Teilen (Parteien, Seiten, oder wie man sonst will) beabsichtigt ist.

Nach unserer Auffassung der Zuwendung aber müßte in der Definition der Schenkung, falls dieser Begriff, wie der Entwurf will, mit den vertragsmäßigen Schenkungen abschneiden soll, die beabsichtigte Unentgeltlichkeit betont werden. Noch ist zu bemerken, daß die Schenkung im Entwurf mit Windscheid, aber wider Savigny und den gemeinen Brauch der Pandektisten nicht an den ihr gebührenden Platz im allgemeinen Theil,[17]) sondern in das Obligationenrecht gestellt ist. Von den neun Hauptarten der Zuwendung:

> Uebertragung eines vorhandenen dinglichen Rechts (auch an Geld, gewöhnlichste Form der Schenkung), Konstituirung eines dinglichen Rechts, Aufhebung eines solchen;
> Uebertragung einer bestehenden Forderung, Konstituirung einer solchen (sog. Schenkungsversprechen), Erlaß einer Forderung;
> Uebertragung eines Rechts an einer unkörperlichen Sache, Konstituirung eines abgezweigten Rechts an einer solchen, Aufhebung eines Rechts dieser Art;

haben nur die drei der mittleren Gruppe überhaupt mit dem Obligationenrecht zu thun, und von diesen begründet wieder nur die eine, das Schenkungsversprechen, regelmäßige Verpflichtungen des Schenkers; gleichwohl eröffnet „Schenkung" (Buch II, Abschn. 2, Titel 2) die Reihe der einzelnen Schuldverhältnisse, unmittelbar gefolgt von „Darlehn" (II 2, 3), „Kauf" (II 2, 4), „Miethe" (II 2, 5). In den allgemeinen Theil gestellt hätte die Schenkung auftreten müssen als das was sie ist, eine Abart der Zuwendungen, die sich von allen andern unterscheidet durch die mit ihr verknüpfte Absicht der unentgeltlichen Bereicherung des einen Kontrahenten aus dem Vermögen des anderen, und weiter hätte die bessere Erkenntniß des Wesens der Schenkung die Kommission auch gezwungen, die beiden Begriffe, der Zuwendung selber und der mit dieser regelmäßig verknüpften Beabsichtigung des zweiten Erfolgs (sog. Causa der Zuwendungen) schärfer auszudenken. Freilich, ob die jetzige Unklarheit dieser Begriffe Ursache ist der falschen Stellung der Schenkung, oder ob umgekehrt diese schuld ist an jener, wird nachträglich kaum zu entscheiden sein.

C. Aehnlich steht es mit einer andern Auslassung im allgemeinen Theil. Nach modernem Pandektistenbrauch pflegt die „Auflage" (Modus) hinter Bedingung und Befristung behandelt zu werden, freilich mit der Bemerkung, daß ihr Anwendungsgebiet ein beschränkteres sei. Der Entwurf behandelt sie bei den Schenkungen (§ 448 unter Ver-

Digitized by Google

weisung auf §§ 412—416) und bei den letztwilligen Zuwendungen (§§ 1757, 1886—1888 unter Verweisung auf 1777, 1842, 1843, 1847, 1853, 1862, 1863, 1876, vgl. noch 1799, 1872, 1993, 1997, 2092, 2117, auch 488, 492, 495, 497). Auch hier steht mehr als ein Schönheitsfehler und die Erschwerung des Findens in Frage. So wenig wie die Zuwendungen sind die Zweckfatzungsgeschäfte im Entwurf genügend bedacht. Für den einen Flügel derselben, die Stiftungen, finden sich dürftige Vorschriften (§§ 41, 58—62); bei den Auflagen ist, wie aus der Verweisung auf § 412—416 zu folgen scheint, überwiegend an die auferlegten Leistungen an Dritte gedacht. Ungeordnet bleibt das mittlere Gebiet, und unbeantwortet namentlich die Frage, wieweit Vermögenstheile, die durch den freien Willen des Gebers aus dessen Vermögen ausgeschieden, aber nicht zu einem selbständigen Vermögen (Stiftung) konstituirt, sondern in ein bereits vorhandenes Vermögen übertragen worden sind, vom Willen des Gebers abhängig erhalten werden können: entsteht nur eine persönliche Verpflichtung des Nehmers (vgl. § 448), oder ergeben sich auch weitere Wirkungen Dritten gegenüber? Die moderne Praxis ist bekanntlich über diese Fragen nichts weniger als einig,[16]) und es wäre dringend zu wünschen gewesen, für die Entscheidung derselben einen Anhalt in den Reichsgesetzen zu bekommen, der die weiteren partikularistischen Zersplitterungen ausschlösse.

D. Eigenthümlich gestaltet erscheint auch der dem Worte „veräußern", „Veräußerung" u. s. w. zugewiesene Begriff:

§ 440 schreibt vor „gerichtliche oder notarielle Form" für den Vertrag, „schenkungsweise etwas zu leisten" („Schenkungsversprechen" § 446),

§ 441 „die durch *Veräußerung* vollzogene Schenkung ist auch ohne Beobachtung einer besonderen Form gültig.

Also ist die Uebernahme der durch das Schenkungsversprechen begründeten Verpflichtung keine „Veräußerung" und ist überhaupt, da jede Schenkung „Zuwendung", die Veräußerung eine Spezies der Zuwendung. Bisher sind wir der entgegengesetzten Meinung gewesen, daß eine „*Veräußerung*" der weitere Begriff, und daß beispielsweise durch die „Veräußerungsverbote" nicht nur jegliche „Zuwendung", sondern auch die freiwillige Aufgabe (Dereliktion u. s. w.) des fraglichen Rechts ausgeschlossen würde. Auch bei II 2, 1 4 „Gewährleistung des *veräußerten* Rechtes", §§ 370—380 denkt der Entwurf augenscheinlich nicht an Dereliktionen. Dagegen scheint er die konstitutiven Uebertragungen in den Kreis der „Veräußerungen" zu ziehen:

§ 370, 2. Betrifft der Vertrag die „Veräußerung" eines Rechtes, so hat der Veräußerer dieses Recht zu verschaffen;

Digitized by Google

denn es liegt, auch in den Motiven, nicht der mindeste Grund vor, diese Bestimmung auf die Versprechen translativer Rechtsübertragung zu beschränken. Aber gerade die Konstituirung einer Forderung sollte keine „Veräußerung" sein; wenn ich einen Eigenwechsel ausstelle, ist das keine „Veräußerung"? aber wenn ich für die konstituirte Schuld auch ein Pfand bestelle (vgl. noch § 439, 1), das wäre eine solche? Zu den „Veräußerungen" werden die konstitutiven Uebertragungen deutlich gezählt im § 107, „Uebertragung oder Aufhebung eines Rechtes und Belastung einer Sache oder eines Rechtes" verstoßen wider ein „Veräußerungsverbot"; wogegen dann wieder § 871, 3 „veräußert oder belastet werden" unterscheidet. Noch ist zu bemerken, daß neben den Rechten, die nicht veräußert werden können, vgl. § 871, 3, § 1047, 1298, 1345, 1, § 1534, auch solche genannt werden, die nicht „übertragen" werden können, § 1339, 3, § 1458, 2; besteht zwischen beiden ein Unterschied? was an und für sich wohl möglich wäre, hier aber (vgl. besonders § 1047) kaum anzunehmen ist; wozu dann der irreleitende Wechsel der Bezeichnung? — Immer wieder werden wir zu der Vermuthung zurückgedrängt, daß die Kommission entweder den Gegensatz der konstitutiven und der translativen Uebertragungen überhaupt nicht klar erkannt, oder doch an demselben nicht mit der wünschenswerthen Festigkeit gehalten hat.

E. Die Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte gehört bekanntlich für Lehre und Gesetzgebung zu den schwersten Kreuzen. Weder sind die Bestimmungen des römischen Rechts, ohne starke Ueberarbeitung brauchbar für die Gegenwart, noch ist es bisher einem neueren Gesetzbuche gelungen, hier Befriedigendes zu schaffen. Daß bei dieser Sachlage der Entwurf einem mittleren Durchschnitt der modernen Doktrin folgt, entspricht seiner ganzen Art, und es darf ihm deshalb aus dem Fehlen sachlicher und sprachlicher Besserungen kein besonderer Vorwurf gemacht werden. Genannt werden nur zwei Arten der „Ungültigkeit", „Nichtigkeit" (§ 108) und „Anfechtbarkeit" (§ 112), beide auch gegen Dritte („in rem") wirksam; der Entwurf kennt aber noch eine dritte, wenigstens Quasiungültigkeit, nicht der einzelnen rechtlichen Geschäftsfolgen, aber der ganzen durch das Geschäft herbeigeführten Bereicherung, wirksam nur unter den Kontrahenten. Man vergleiche z. B.

> Motive zu § 667 (II S. 655): die Wirkung des hiernach erheblichen Irrthums bestimmte der Entwurf nicht nach § 98 (Nichtigkeit), auch nicht im Anschlusse an das Anfechtungsrecht. Nach dem einen wie nach dem anderen Prinzip würde der Vergleich mit Wirkung gegen Dritte zerfallen. Dies vertrüge sich mit dem hier maßgebenden Prinzipe des Kondiktionenrechts nicht.

Digitized by Google

Für diese, sagen wir „persönliche Ungültigkeit“ fehlt im Entwurfe der Namen; ebenso für die drei Arten (Nichtigkeit, Anfechtbarkeit, persönliche Ungültigkeit) zusammen eine gemeinsame Bezeichnung. Zudem wird, wieder im Einklang mit der herrschenden Lehre, die Bedeutung der Realakte bei den Ungültigkeitsfällen zu wenig beachtet. In Beziehung auf die Form ist noch zu rügen, daß der Entwurf an seinen eigenen Definitionen nicht festhält, und außer den definirten zuweilen auch andere Ausdrücke gebraucht, bei denen schwer ersichtlich, was damit gemeint wird. Einige Belege:

a) § 108. Ein nichtiges Rechtsgeschäft wird in Ansehung der gewollten rechtlichen Wirkungen so angesehen, als ob es nicht vorgenommen wäre.

Das ist ungeschickt, schwerfällig und salopp („in Ansehung .... so angesehen“) gefaßt, aber anscheinend verständlich.

§ 112. Ein anfechtbares Rechtsgeschäft wird im Falle der Anfechtung in Ansehung der gewollten rechtlichen Wirkungen so angesehen als ob es nicht vorgenommen wäre, es sei denn daß durch das Gesetz geringere Wirkungen der Anfechtungen vorgeschrieben sind.

Noch etwas schwerfälliger, immerhin glaubt man daraus entnehmen zu können, wie der Gesetzgeber den Gegensatz von „Nichtigkeit“ und „Anfechtbarkeit“ sich denkt; beide Male bleiben die gewollten rechtlichen Wirkungen aus, bei Nichtigkeit von vornherein, bei Anfechtbarkeit nach der im § 113 definirten „Anfechtung“. — Des weiteren bestimmt § 1250:

Eine Ehe ist nur dann *nichtig*

1. wenn sie nicht in der vorgeschriebenen Form geschlossen ist;
2. wenn einer der Eheschließenden zur Zeit der Eheschließung geschäftsunfähig war;
3. wenn die Ehe gegen eines der Verbote §§ 1234, 1236 verstößt.

Man muß erwarten, in all diesen Fällen die im allgemeinen Theile definirte „Nichtigkeit“ eintreten zu sehen; aber sofort belehrt uns

§ 1252. Eine *nichtige* Ehe, deren *Nichtigkeit* nicht auf Formfehler (§ 1250, 1) beruht, ist so lange als gültig anzusehen, bis sie aufgelöst oder für ungültig erklärt ist.

Wir erhalten hiermit bei der Ehe zu der Nichtigkeit des § 108 zunächst noch folgende zwei Arten der Nichtigkeit:

α) nichtige Ehe, die als gültig angesehen [und selbstverständlich behandelt] wird, bis Auflösung erfolgt, nach dieser dann aber für die bis zur Auflösung vergangene Zeit auch wieder als gültig angesehen wird, also eine „nichtige“ Ehe, welche die

Digitized by Google

ganze Zeit ihres Bestehens hindurch, von der Schließung bis zur Auflösung, als „gültige" Ehe „anzusehen" ist;

β) nichtige Ehe, die so lange als gültig anzusehen ist, bis sie in Folge eines rechtlichen Angriffes für ungültig erklärt worden.

Diese „Nichtigkeit" zu β) verhält sich also gerade so, wie die § 112 definirte „Anfechtbarkeit", nur daß die Anfechtungsklage hier unter dem Namen „Nichtigkeitsklage" mitbegriffen wird.

Auch wer mit dem Inhalte dieser Bestimmungen voll einverstanden wäre und zugeben möchte, daß in manchen anderen Gesetzgebungen der die verschiedenen Arten ungültiger Ehen unterscheidende Sprachgebrauch ebenso mangelhaft ausgebildet ist, würde solche Abweichungen von der eigenen Definition aufrichtigst zu bedauern haben.

b) Nicht selten wird ein Rechtsgeschäft als „unwirksam" bezeichnet: ist das „nichtig", „anfechtbar" oder wieder in anderer Art „ungültig"? z. B. sind § 66 „unwirksam" gewisse Geschäfte, „wenn die Vornahme gegenüber einer geschäftsunfähigen Person geschieht"; nach § 107 ist „unwirksam" die Uebertragung „gegen" ein gesetzliches oder gerichtliches Veräußerungsverbot", und zwar wenn das „Verbot" „nur zum Schutze bestimmter Personen dienen" sollte, auch nur „gegenüber diesen Personen unwirksam"; dies erinnert an die nicht zum besten beleumdete „relative Nullität" in der gemeinrechtlichen Doktrin. Nach § 122 werden gewisse einseitige, von einem Bevollmächtigten „ohne Vorlegung einer Vollmachtsurkunde" vorgenommene Rechtsgeschäfte „unwirksam", wenn der Betheiligte das Geschäft „bei oder unverzüglich nach der Vornahme wegen Mangels der Vorlegung einer Vollmachtsurkunde zurückweist". Desgleichen „unwirksam" ist das unter auflösender Bedingung geschlossene Geschäft, wenn diese Bedingung zur Zeit des Geschäftsabschlusses bereits erfüllt war (§ 137). Im § 424 werden „unwirksam" und „anfechtbar" einander deutlich gegenübergestellt; dahingegen scheint die „Unwirksamkeit" im § 1787 auch die Fälle der „Anfechtbarkeit" (§ 1780 f.) in sich mitbegreifen zu sollen; auch das „nichtige" (§ 1773) scheint mit hineinzugehören, aber dann hätte doch für „Unwirksamkeit" gesagt werden müssen „Ungültigkeit", da dies der im allgemeinen Theile rezipirte Namen für „Nichtigkeit" und „Anfechtbarkeit" zusammen ist. Kurzum, ob der Entwurf mit den Ausdrücken „unwirksam", „Unwirksamkeit" durchgängig eine und dieselbe, oder ob er damit verschiedene Bedeutungen verbindet und welche, wird ohne eingehendes Studium nicht zu ermitteln sein.

c) Nach § 630 hat „jeder Gesellschafter einen Beitrag zu leisten": in einem Gesellschaftsvertrage ist ausdrücklich bedungen, daß X in andern Beziehungen als Gesellschafter zu behandeln sein, aber keinen Bei-

Digitized by Google

trag zu zahlen haben soll. Auch die Motive sprechen sich über die Behandlung dieses Falles nicht aus. Nach den Worten von § 630 möchte man am liebsten den X doch zu irgend einem Beitrage heranziehen; aber zu welchem? Oder der Gesellschaftsvertrag ist nichtig; doch nicht für A und B und vielleicht noch zehn andere an der Gesellschaft Betheiligte, nur für X selber. Aber sind nun die mit ihm getroffenen Vereinbarungen sämmtlich „nichtig" oder „anfechtbar" oder „unwirksam"? oder sind sie gültig an sich, aber X ist trotz ihnen nicht Gesellschafter? Es ist allgemein wünschenswerth, daß über die Folgen der Verstöße wider das Gesetz keine Zweifel bestehen können.

F. Endlich mag hier noch etwas berührt werden, das freilich über das Gebiet der Rechtsgeschäfte hinaus trägt, und die Entstehung und Aufhebung der Rechte und Rechtsverhältnisse überhaupt betrifft. Jedes Rechtswerk handelt bekanntlich einmal von den nach Maßgabe des Rechts wirksamen Thatsachen, und sodann von den eben durch das Recht an diese Thatsachen geknüpften Folgen (Rechtsfolgen). Bei umfänglichen Darstellungen empfiehlt es sich, diese Gegenstände regelmäßig in derselben Reihenfolge vorzutragen und wo möglich die Thatsachen für sich und wieder die Rechtsfolgen für sich darzulegen. Der Schein der Pedanterie, der hieraus erwächst, wird reichlich aufgewogen nicht bloß dadurch, daß es dem Leser leichter wird, sich in einem so geordneten Werke zurecht zu finden, sondern auch durch den Zwang, den der Verfasser gegen sich selber übt, und der gegen Auslassungen und Wiederholungen, überhaupt Versehen und Nachlässigkeiten jeglicher Art eine nützliche Schutzwehr bildet. Der Entwurf aber hat die feste Ordnung und Reihenfolge verschmäht und eine bunte Reihenfolge der Materien vorgezogen, vermuthlich deshalb, weil die Kommission das Bewußtsein des Gegensatzes der Thatsachen und Rechtsfolgen nicht auf Tritt und Schritt festgehalten. Ueber die Entstehung und die Aufhebung der Rechte überhaupt wird im allgemeinen Theile nichts gesagt. Bei den Schuldverhältnissen (zweites Buch) behandelt I 3 „Erlöschen der Schuldverhältnisse", der unmittelbar folgende Titel 4 betrifft die „Sondernachfolge in Forderung und Schuld", aber ein entsprechender Titel „Begründung der Schuldverhältnisse" existirt nicht, man muß sich die allgemeinen Regeln über die Entstehung der Obligationen zusammenlesen aus den 20 Titeln von Abschnitt II „Schuldverhältnisse aus Rechtsgeschäften unter Lebenden", den 2 Titeln von Abschnitt III „Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen" und den 4 Titeln von Abschnitt IV „Einzelne Schuldverhältnisse aus anderen Gründen". — Im Sachenrechte stehen voran II. Abschnitt „Besitz und Inhabung." § 797 f. Erwerb des Besitzes, § 807 f. Beendigung, dann kommen § 814 die Rechtsfolgen, aber nicht eigentlich die Rechts-

Digitized by Google

folgen des „Besitzes", sondern vielmehr die der Inhabung, die auch ohne Besitzwillen und also als Nichtbesitz bestehen kann; die Folgen des wirklichen Besitzes und der Inhabung ohne Besitz klar auseinanderzuhalten ist jedesfalls beim ersten Angriff nicht leicht. Umgekehrt wird beim Eigenthum der eine Theil der Rechtsfolgen als „Inhalt" IV, 1 des dritten Buches voran, der andere „Eigenthumsanspruch" IV, 4 hintenan gestellt, dazwischen IV, 2 „Erwerb des Eigenthums an Grundstücken", IV, 3 „Erwerb des Eigenthums an beweglichen Sachen". Der Erwerb des Eigenthums verflicht sich naturgemäß mit der Aufhebung und Uebertragung; die Aufhebung ohne Uebertragung (Derelictiön) wird in den §§ 834, 872, 904, 950 berührt. Einzelne Vorschriften über Erwerb und Verlust des Eigenthums (vgl. § 786) haben sich auch in die Allgemeinen Vorschriften, Abschnitt I des Sachenrechts verirrt. Erbbaurecht: § 962 Begründung, § 965 Aufhebung, § 964 Ansprüche des Erbbauberechtigten. Ausführlicher aber ungefähr nach demselben Schema ist der Nießbrauch behandelt: § 981—983 Begründung, § 1014—1016 Aufhebung, dazwischen die rechtliche Wirksamkeit desselben, aber auch § 1017 noch etwas über die Ansprüche des Nießbrauchers. Auch bei den verschiedenen Pfandrechten und Grundschulden, bei der Ehe und bei der Vormundschaft werden die begründenden und die aufhebenden Thatsachen auseinandergestellt und die Rechtsfolgen theils dazwischen, theils davor und dahinter behandelt. Alles zusammengenommen läßt sich nicht behaupten, daß der Entwurf es besonders leicht macht, Uebersicht über seine sämmtlichen Details zu gewinnen, und mancher ängstlich gewissenhafte Richter, der unmittelbare Einsicht der ausschlaggebenden Stellen stets geboten erachtet, mag einst kostbare Viertelstunden mit dem Nachschlagen zu verbringen haben.

§ 9. Definitionen.

Im Einklang mit den oben im § 6 entwickelten Regeln sind „Bedingung" „Schuldverhältniß" „Kauf" „Darlehen" ohne Definition verblieben, auch „Eltern" „Großeltern" „Kinder" „Enkel" „Urenkel" 2c.; ebenso gut wie all diese hätten aber auch „Verwandte", „gerade Linie", „Seitenverwandte" undefinirt gelassen werden können, zumal die Definitionen (§ 30) recht ungeschickt ausgefallen sind. Ueberflüssig, doch besser gefaßt ist die Definition der „Schwägerschaft" (§ 32). Desgleichen würden wir gern verzichten auf

> § 144: Fahrlässigkeit liegt vor, wenn nicht die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters angewendet wird. Grobe Fahrlässigkeit liegt vor, wenn die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters in besonders schwerer Weise vernachlässigt wird.

Digitized by Google

Zu tadeln ist zunächst der Wechsel des Ausdrucks „nicht angewendet wird“ und „vernachlässigt wird“, wenn beide Male dasselbe gemeint war, wie dies auch nach den Motiven zu vermuthen ist. Der Entwurf nimmt hiernach nur einen quantitativen Unterschied („in besonders schwerer Weise“, „nicht in besonders schwerer Weise“) zwischen beiden Arten der Fahrlässigkeit an; etwas unklar sagen darüber die Motive I, S. 280:

> daß die grobe Fahrlässigkeit keinen Gegensatz zu der geringen Fahrlässigkeit bilde, sondern nur eine Qualifikation (?) der Fahrlässigkeit überhaupt sei.

Mag sein, daß eine schärfere Kennzeichnung kaum möglich gewesen; aber dann hätte die Kennzeichnung überhaupt unterbleiben sollen, denn daß Fahrlässigkeit eine Vernachlässigung der Sorgfalt ist, und daß „grob“ eine schwerere Art derselben bezeichnet, das hätte füglich als bekannt vorausgesetzt werden können. Wenn damit zugleich der „ordentliche Hausvater“ (vgl. noch §§ 427, 2; 595, 1; 621, 1; 711, 1; 734, 1; 735, 1; 749, 2; 753, 2; 765, 3; 914, 1; 988, 2; 1001; 1033, 3; 1040, 3; 1041, 2; 1217, 2; 1297 N. 4; 1340, 1; 1531, 2; 1818; 1986, 4; 2137, 2;) aus dem Entwurfe verschwunden wäre, so würden auch die Romanisten sich darüber zu trösten wissen. Der „diligens paterfamilias“ war ein Produkt uns fremd gebliebener Anschauungen, das trotz der Verdeutschung seines Namens bei uns nie heimisch geworden ist. Wie wenig wir überall damit anzufangen wissen, zeigen die Motive a. a. O.:

> Die Sorgfalt eines gewöhnlichen Menschen ist der Regel nach diejenige eines ordentlichen Hausvaters.

Also hätte im § 144 statt von der „Sorgfalt des ordentlichen Hausvaters“ auch von „der Sorgfalt eines gewöhnlichen Menschen“ geredet werden können; und desgleichen vermöchte in den anderen oben citirten Paragraphen der „gewöhnliche Mensch“ den „ordentlichen Hausvater“ zu ersetzen?

Auch die in das Obligationenrecht (§ 666) gestellte Definition des Vergleiches wäre zu entbehren; der falsche Platz droht zudem die, freilich in den Motiven energisch bekämpfte Meinung zu nähren, daß ein Vergleich nur über Obligationen, nicht auch über andere Rechte und Rechtsverhältnisse, geschlossen werden könnte. Im allgemeinen Theile, neben der auch zu unrecht übergangenen Anerkennung, hätte der Gesetzgeber gute Gelegenheit gehabt, die praktischen Verschiedenheiten der gemeinen und der im Vergleich enthaltenen Anerkennungen festzustellen.

Andererseits mußte wegen der Zweifel über die Vertragsnatur der „Schenkung“ definirt werden, und die oben § 8 C. geäußerten Be-

Digitized by Google

denken kehren sich ausschließlich gegen das Wie der im Entwurfe (§ 437) gegebenen Definition.

Beim Schatz (§ 928) ist die präcise Angabe des Thatbestandes und der Rechtsfolgen erfreulich, und zu bedauern nur, daß eine Ungewißheit, welche die Stellen des Corpus juris lassen, auch im Entwurf nicht beseitigt ist:

> Wird eine eingemauerte, vergrabene oder sonst verborgene Sache entdeckt;

bei „eingemauert" und „vergraben" ist nur an das im Unbeweglichen versteckte zu denken, aber bei „sonst verborgen" doch wohl auch an das im Beweglichen. Also: ein alter Schreibtisch ist seit Geschlechtern in meiner Familie; ich gebe ihn zum Aufpoliren, und der Tischler, der übrigens nichts darin zu suchen hatte, entdeckt ein heimliches Fach mit Juwelen, von denen Niemand gewußt, und deren „Eigenthümer nicht mehr zu ermitteln ist". Die Hälfte der Juwelen kommt auf den Tischler, wenn er zugreift; nicht, wenn er die Juwelen an ihrem Platz läßt und bloß Anzeige seines Fundes macht.

Ebenso ist zu bedauern, daß an einigen anderen Stellen die unterscheidenden Linien nicht angegeben sind, z. B. die zwischen den „ausdrücklichen" und „stillschweigenden Willenserklärungen" (vgl. § 72, und dazu oben S. 37). Wenn die Motive (I S. 153) diese Auslassung zu rechtfertigen suchen, „die bezüglich der Abgrenzung in der heutigen Wissenschaft bestehenden Meinungsverschiedenheiten seien nicht von der Tragweite, daß ein Eingreifen des Gesetzes im Interesse der Rechtssicherheit geboten wäre," so scheinen Andere doch diese Differenzen für bedeutender zu halten, und es wäre namentlich von Interesse zu wissen, ob bei der Vorschrift des § 74 für die stillschweigenden Willenserklärungen derjenige Begriff zu Grunde gelegen, zu dem Windscheid noch in der 5. Auflage seiner Pandekten I § 72 zu No. 7—9 sich bekannt hat, oder derjenige, den derselbe neuerdings in der 6. Auflage I § 72 zu No. 7—9, vertritt.

Aehnlich wäre beim „Tausch" eine Entscheidung des Entwurfs selber (vgl. § 502) wünschenswerth gewesen; sind unter diesem Namen zu verstehen

> nur die do ut des-Geschäfte, oder außer diesen noch welche anderen?

Was die Motive (II S. 502) geben, ist schon wegen der geringeren Glaubhaftigkeit derselben ein schlechter Ersatz, und taugt auch an sich nicht viel:

> Der Tausch unterscheidet sich von dem Kaufe dadurch, daß er nicht auf Leistung eines individuellen Werthes gegen Bezahlung eines (Kauf-) Preises, sondern auf den Umsatz

Digitized by Google

eines individuellen Werthes gegen einen anderen individuellen Werth gerichtet ist.

Was ist „individueller Werth"? Ein Werth läßt sich nicht leisten, nur ein Ding das Werth hat. Und welche Dinge haben „individuellen Werth"? Die Hülfsleistung eines bestimmten Arztes nicht, aber die Leistung einer gewissen Menge von Wolle Streu Dung? Immerhin müssen wir hiernach annehmen, daß im Sinne des Entwurfs es sich beim Tausch auf beiden Seiten um das Geben und Nehmen von gerade solchen Leistungen handelt, wie sie dem Verkäufer obliegen:

das, und nur das, was verkauft werden kann, kann auch vertauscht werden.

Auch für die „höhere Gewalt" (vgl. § 626) hätte eine Definition gegeben werden sollen. Die Motive (II S. 585) räumen ein, daß der Begriff „kein völlig bestimmter" sei, berufen sich dann aber darauf, daß

derselbe (mit derselben Bezeichnung) bereits reichsgesetzlich, z. B. D. H. G. B. 395, 423, 607 für ähnliche Fälle verwendet worden, ohne daß daraus in der Praxis die besorgten Uebelstände sich herausgestellt haben.

Da aber neuerdings die Kontroverse über die „höhere Gewalt" lebhafter und hoffnungsloser entbrannt ist als je,[19]) und der Entwurf auch keine Gewohnheitsrechtsbildung aus der Praxis gestatten will, so ist die Unterlassung einer Entscheidung dieses Streites recht bedauerlich.

§ 664. Durch Spiel und Wette wird ein Schuldverhältniß zwischen den Vertragschließenden nicht begründet. Das auf Grund des Spielens oder der Wette Geleistete kann jedoch deshalb nicht zurückgefordert werden 2c.

Der Begriff der „Wette" ist als bekannt anzunehmen. Aber wo laufen die Grenzen des „Spiels"? wo schneiden sie gegenüber anderen aleatorischen, insbesondere Börsengeschäften ab? Die Motive II S. 643 sagen: Der Entwurf vermeide die Definition, wie andere Gesetzbücher sie auch vermieden haben. „Die Definition ist der Wissenschaft zu überlassen, was bei der Unterstellung beider Verträge unter dieselben Regeln unbedenklich ist." — Die Bezugnahme auf andere Gesetzbücher ist nur dann von Gewicht, wenn das Recht, das diese geschaffen haben, sich praktisch bewährt. Aber bei dem Spiel zeigt sich überall dieselbe Rechtsunsicherheit als Folge derselben Gesetzeslücken. Gewiß, daß die Abgrenzung des Erlaubten wider das Unerlaubte hier besonderen Schwierigkeiten unterliegt; aber darf darum der Gesetzgeber sie ablehnen und übertragen auf die Wissenschaft? Sonst liest man, Aufgabe der Wissenschaft sei, den Willen des

Digitized by Google

Gesetzes zu ermitteln; aber wenn nun das Gesetz selbst keinen Willen hat? oder was wäre aus den Vorschriften für „rechtsähnliche Verhältnisse“ oder aus „dem Geiste der Rechtsordnung“ für die Abgrenzung des im § 664 gemeinten „Spiels“ zu entnehmen?

Sprachliche Sünden.

§ 10. Mangel der Volksthümlichkeit.

Die Sprache des Entwurfs hat am wenigsten Beifall gefunden. Gedruckte und mündliche Kritiken pflegen ihre schärfsten Spitzen wider dieselbe zu kehren, und auch die besten Freunde des Entwurfs sind bald bereit, die sprachliche Seite preiszugeben. Dennoch verdient sie ein Lob: sie entspricht dem Inhalt. Derselbe Geist, der über den Gedanken gewaltet, hat auch den Ausdruck bestimmt. Hier wie dort fehlt der natürliche gesunde Fluß, das Bild der Kraft und Schaffensfreudigkeit. Aengstliche Gewissenhaftigkeit, Fleiß und Tüftelei sichern keinen glücklichen Wurf; wahrscheinlich wäre vieles besser gerathen, wenn nicht alles so gar vortrefflich mustergültig und tadellos hätte gesagt werden sollen. So aber trägt das ganze Werk den Stempel der mühsäligen Verkünstelung, und bei der pedantischen Pflege, die vielen Kleinigkeiten zugewandt worden, sind oft wichtigere Dinge übersehen. Andere Urtheile über die Sprache lauten noch herber.[20])

Worte sind die Zeichen der Gedanken, sie dienen, das an sich Ungreifbare greifbar zu machen. Danach dürfen wir selbstverständlich dieselben Gedanken nicht überall mit denselben Worten wiedergeben, es kommt auf Diejenigen an, denen wir unsere Gedanken verständlich machen wollen. So hat insbesondere der Gesetzgeber von vornherein sich klar zu machen, zu wem er redet, und danach die Worte zu wählen. Groß und weitverbreitet, wie die Rechtsunkenntniß in der Gegenwart ist, macht es einen erheblichen Unterschied, ob zum Volk, zu Allen gesprochen werden soll, oder nur zu einzelnen Ständen, zu den Richtern und denjenigen die sonst besondere Befassung mit dem Recht haben. Ob diese Frage in der Kommission ausdrücklich gestellt worden, und wie etwa die Debatte verlaufen ist unbekannt, die Motive ergeben hierüber nichts. Gleichwohl kann für den Kern der Antwort nicht der mindeste Zweifel bestehen: das geplante Gesetzbuch soll nur zu den Juristen, und nicht zum Volke sprechen.

Ob das ein weiser Entscheid gewesen, mag vorläufig dahingestellt bleiben, nur daß er getroffen, interessirt uns hier. Der Entwurf ist nicht volksthümlich, und könnte auch zum Gesetz erhoben nie volksthümlich werden,[21]) niemals eindringen in das Denken und Fühlen

Digitized by Google

der größeren Volksschichten. Ebenso nach demjenigen was ihm fehlt, wie nach dem was er enthält, erscheint er ausschließlich berechnet auf einen engeren Kreis, wenn nicht bloß der Rechtskundigen, doch der Rechtsbeflissenen; nichts was die Masse packt, vieles was sie abstößt.

Was dem Entwurf abgeht. Vor allem jegliche Anschaulichkeit des Rechts das er bietet. Da dieser Vorwurf schon von einem Germanisten[22]) erhoben ist, und zwar von dem, der am vaterländischen Recht vorzugsweise zu loben, am fremdländischen recipirten zu tadeln findet, so mag erwähnt werden, daß es bisher überall noch kein anschaulicheres Rechtsbuch gegeben hat, als die unmittelbar aus dem Leben geschöpften Digesten der Justinianischen Sammlung, deren geradezu plastische Ausgestaltung auch über die des Sachsenspiegels weit hinausragt. Der Entwurf aber erscheint durchweg als das direkte Gegentheil der Digesten, schematisch, abstrakt, mit banger Scheu vor allem Konkreten und Greifbaren.

Sodann fehlen dem Entwurf die kurzen sprichwörtlichen, ins Ohr und in das Gedächtniß schlagenden Rechtsregeln. Unzweifelhaft verdankt der Code civil einen großen Theil seiner relativen Popularität Aussprüchen wie:

la recherche de la paternité est interdite;
la recherche de la maternité est admise;
l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari;
en fait de meubles la possession vaut titre.

Zugegeben, daß derartige Schlagwörter mannigfaltigen Mißverständnissen ausgesetzt sind, und daß die korrekte Begrenzung eines solchen viel Mühe machen kann; um das Recht in die Volksmassen einzuführen, sind sie unersetzlich. Die neueren deutschen Gesetzgebungen stehen darin hinter der französischen zurück, und keine von ihnen hat sich so fest eingebürgert, keine ausgedehnt so weit über ihr ursprüngliches Gebiet hinaus, wie eben der Code. Dabei kommt freilich auch viel auf den Wohlklang der Sprache an, beispielsweise ist der französische Urtext in den zum deutschen Sprachgebiet gehörigen Ländern dem Herzen der Bevölkerung näher getreten, als die matte farb- und klanglose Uebertragung die als badisches Landrecht gilt.

Wäre die französische, wären überhaupt die romanischen Sprachen besser geeignet für die Zwecke der Gesetzgebung als unser Deutsch? Schwerlich. Wir reden vielleicht die regelloseste Sprache der Welt, deren gute und zweckmäßige Handhabung darum die größte Mühe machen kann. Aber eben darum gestattet der deutsche Ausdruck die feinsten Schattirungen, und hat sich schließlich zu allen Zwecken brauchbar erwiesen, wenn man nur ihn zu brauchen verstanden.

Digitized by Google

Wer hätte vor Luther die Bibelüberſetzung, vor Goethe das deutſche Lied, vor Rückert die Nachbildung der orientaliſchen Formen für möglich gehalten, wer vor Platen geglaubt daß der deutſche Anapäſt dem griechiſchen gleich zu rollen vermöchte, vor Freiligrath daß der deutſche Alexandriner den franzöſiſchen noch überholen würde. Daß es dem preußiſchen Landrecht, dem öſterreichiſchen und dem ſächſiſchen bürgerlichen Geſetzbuch nicht gelungen iſt, den rechten Geſetzeston zu treffen, und daß auch das Schweizer Obligationenrecht ihn nicht gefunden[23]) hat, beweiſt nichts; in der deutſchen Wechſelordnung und im deutſchen Handelsgeſetzbuch liegen durchaus geſunde und entwickelungsfähige Keime einer deutſchen Geſetzesſprache. Daß dieſelben in die deutſchen Reichsgeſetze kaum aufgenommen und noch weniger weitergebildet worden ſind, mag aus der Haſt der Herſtellung erklärt und entſchuldigt werden können.

Vom Fehlen der Schlagwörter laſſen ſich ſelbſtverſtändlich keine Beiſpiele geben. Wohl aber von den angenommenen abſtrakt ſchematiſchen Wendungen, die den natürlichen und gemeinverſtändlichen Fluß der Rede hemmen. So z. B.:

> § 1532. Der Inhaber der elterlichen Gewalt iſt in Anſehung desjenigen der elterlichen Nutznießung unterliegenden Vermögens, deſſen Verwaltung ihm nicht zuſteht, von der eigenen Ausübung der elterlichen Nutznießung ausgeſchloſſen; die letztere iſt für Rechnung des Inhabers der väterlichen Gewalt von dem Kinde durch den für die Vermögensverwaltung berufenen geſetzlichen Vertreter deſſelben auszuüben.

Das Verſtändniß dieſer Zeilen wird auch dem Juriſten immerhin einige Schwierigkeit bereiten, und zumal der Gedanke, daß das Kind, allerdings nicht in Perſon ſondern durch Vermittelung ſeines Vormundes, die Verwaltung eines ihm gewiſſen Vermögenstheils für Rechnung ſeines Vaters, und jenachdem ſeiner Mutter führen ſolle, als ein ſeltſam verzwickter, erſt nach längerer Ueberlegung die richtige Würdigung finden. Iſt man endlich eingedrungen, ſo überzeugt man ſich, daß der Sinn der Vorſchrift verhältnißmäßig einfach iſt, und beinah gemeinverſtändlich vorzutragen geweſen wäre, wenn es der Kommiſſion nur beliebt hätte

1. ſtatt „Inhaber der elterlichen Gewalt“ zu ſagen „Vater“, was dann ein für alle Mal durch den Satz zu erläutern und zu ergänzen geweſen wäre:

> unter den und den Umſtänden gehen die Rechte des Vaters auf die Mutter ꝛc. über;

Digitized by Google

2. irgend einen technischen kurzen und womöglich deutschen Namen anzunehmen für das der elterlichen Nutznießung unterliegende Kindesvermögen (bona adventicia), und wenn es sein könnte, einen andern, wenig längern für denjenigen Theil dieses Kindesvermögens, dessen Verwaltung dem Vater nicht zukommt (b. adv. irregularia);

3. für „den für die Vermögensverwaltung berufenen gesetzlichen Vertreter des Kindes" zu sagen „Vormund";

dann ergiebt sich nämlich, wenn man einstweilen, da der bessere deutsche Ausdruck noch nicht gefunden ist, an dem gemeinrechtlichen festhält, als erschöpfender Sinn:

> der Vater hat die Verwaltung der Irregularien nicht, diese hat der Vormund, doch kommen die Beträge der Güter an den Vater;

oder noch kürzer:

> von Irregularien steht die Verwaltung dem Vormunde, der Nutzen dem Vater zu.

Und so durchgängig. Ueberall wird das Abstrakte bevorzugt vor dem Konkreten, das Gewundene vor dem Geraden, das Zusammengesetzte vor dem Einfachen; ist es auch nur das „Recht des Eigenthümers" statt „das Eigenthum". Es verlohnt sich nicht, mehr Worte hierüber zu machen, wer nachsehen will, findet die Bestätigung, wo er den Entwurf aufschlägt.

Einen großen Theil der Schuld trägt augenscheinlich die übertriebene Sorgsamkeit der Kommission; um nichts zu sagen, was mißdeutet werden könnte, werden so viele Merkmale zusammengesucht, wird überhaupt so viel Kunst auf die Fassung verschwendet, bis es endlich gelungen, sie dem gewöhnlichen Sprach- und Denkgebrauch möglichst fern zu rücken, und damit dann erst recht dunkel und undeutlich zu machen. Dieselbe unkluge Gewissenhaftigkeit macht sich auch darin geltend, daß alle Sätze, die nicht im vollen Sinne des Wortlauts wahr schienen, vermieden werden. Um das zu erreichen, werden Einschränkungen und Ausnahmen in den Vortrag der Regeln hineingezwängt, woraus langathmige, schwerverständlich und mißlautend sich abklappernde Texte erwachsen.

Ein abschreckendes Bild der Art giebt

> § 118. Ist die Ermächtigung zur Vertretung von dem Vertretenen durch Rechtsgeschäft ertheilt (Vollmacht), und bezieht sich die Ermächtigung auf ein bestimmtes Rechtsgeschäft, so ist ein Nichtwissen des Vertreters unerheblich, wenn der Vertretene wußte oder, sofern dem Wissen das Wissenmüssen gleichsteht, wissen mußte.

Digitized by Google

Der Satz ist verschiedentlich als besonders mißrathen hervorgehoben. Aber sind andere nicht eher noch schlimmer, z. B.

> § 127. Ist die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts davon abhängig, daß ein Anderer im voraus in die Vornahme desselben einwilligt, oder das vorgenommene Rechtsgeschäft genehmigt, so kann die Einwilligung oder Genehmigung, sowie die Verweigerung der Genehmigung, wenn das Rechtsgeschäft ein Vertrag ist, gegenüber dem einen oder anderen Vertragsschließenden, wenn es ein einseitiges Rechtsgeschäft ist, zu dessen Wirksamkeit erforderlich ist, daß es gegenüber einem Betheiligten vorgenommen wird, gegenüber dem Urheber des Rechtsgeschäfts oder dem andern Betheiligten erklärt werden;

oder

> § 1340. Hat die Ehefrau dem Ehemanne die Verwaltung ihres Verwögens oder eines Theiles desselben überlassen, so ist der Ehemann, sofern nicht die Ehefrau ein Anderes bestimmt hat, berechtigt, die Einkünfte des ihm zur Verwaltung überlassenen Vermögens insoweit nach freiem Ermessen zu verwenden, als nicht die Einkünfte zur Bestreitung der Kosten der ordnungsmäßigen Verwaltung des Vermögens und zur Erfüllung derjenigen auf das letztere sich beziehenden Verpflichtungen der Ehefrau erforderlich sind, welche ein ordentlicher Hausvater aus den Einkünften seines Vermögens zu bestreiten pflegt?

oder §§ 244, 509, 966, 1023, 1257, 1258, 1336, 1389, 1541 1567, 2054, 2056??? Aber indem wir diese Liste zusammentragen beschleicht uns das Gefühl, mit dem Abschluß derselben eine bitterböse Ungerechtigkeit zu begehen; sind doch auch unter den ausgelassenen Paragraphen so manche, die wohl gleich guten Anspruch auf die Einstellung gehabt hätten. Aber wo abschneiden, wo die Grenze ziehen? Die citirten Paragraphen sollen also durchweg nur als Beispiele gelten, charakteristisch für den ganzen Ton des Entwurfs, für den übrigens noch reiche Fülle der Belege zur Hand ist.

Daß dieser Ton jede Verbreitung unter Nichtjuristen ausschließt, darüber kann schon kein Zweifel sein, aber er taugt auch gegenüber den Juristen, insbesondere den Richtern und Anwälten nicht. Auch der Jurist, zumal der vielbeschäftigte Praktiker, muß klare rasch verständliche Gesetzesparagraphen vorziehen. Und wenn dagegen betont wird, daß es doch auch von Gewicht sei, im Gesetz nur strikt Richtiges zu bieten, so ist dabei Verschiedenes übersehen. Erstlich, daß es geradezu unmöglich ist, die Fassung irgend eines einzelnen Rechtssatzes gänzlich einwandsfrei herzustellen; zweitens, daß unsere Richter und

Digitized by Google

Anwälte wissenschaftlich gebildete Männer und keine Maschinen, keine gedankenlosen Automaten sind und sein sollen.

Der denkende Jurist weiß, daß keine Regel, die mehr sein will als Begriffsumschreibung,[24]) ohne Ausnahmen besteht,[25]) und daß mit Worten überhaupt die Wahrheit sich nie schlechthin erschöpfen läßt. Er wird in konkreten Fällen stets selber fragen, ob eine Regel ohne Weiteres anzuwenden ist, oder ob Ausnahmen eintreten, die er aus einem lediglich gut disponirten Gesetzbuch kraft seiner wissenschaftlichen Schulung selber ausfindig zu machen im Stande ist. Diese Schachteldefinitionen, die alle Abweichungen und Schattirungen in den Vortrag der Regel verweben wollen, können nur lähmend und verwirrend wirken.

Nahe verwandt hiermit ist ein anderer schlechter Brauch des Entwurfs. In einigen älteren Gesetzbüchern, z. B. dem französischen und dem sächsischen, finden sich hinter den einzelnen Paragraphen nicht selten die Nummern anderer Paragraphen angegeben, auf welche der Text des ersteren sich bezieht. Ob solche Nummernangaben im Gesetzbuch empfehlenswerth, ist fraglich; selbstverständlich müssen sie irgendwo stehen, der Richter kann nicht alles im Kopfe haben, aber was in den Kommentar gehört, paßt selten ins Gesetz. Uebrigens treten diese Paragraphencitate in den genannten Gesetzbüchern nicht vordringlich auf, und es wird kaum Jemand durch sie ernstlich gestört worden sein.

Der Entwurf aber hat einen langen Schritt vorwärts gemacht, in der Richtung auf die zahlenmäßige Darstellung des Rechts. Die Verweisungen sind nicht nur bedeutend vermehrt, sondern zudem verschmolzen mit den anderen Gesetzesworten, so daß diese fast das Aussehen mathematischer Formeln bekommen, und an eine Ausscheidung der Paragraphencitate ohne durchgreifende Umarbeitung gar nicht mehr zu denken ist. z. B.

> § 61. Die Vorschriften des § 44 Abs. 1, 2, 4—7, des § 45 Satz 1, der §§ 46, 47, des § 49 Abs. 1, Abs. 2, Satz 1, 2 und des § 54 finden auf Stiftungen entsprechende Anwendung.
>
> § 744. Auf die Verpflichtungen des Empfängers zur Herausgabe des Geleisteten finden die Vorschriften des § 737 Abs. 3 und der §§ 739, 740 und außerdem, wenn dem Empfänger bei dem Empfange der Leistung bekannt gewesen ist, daß die Voraussetzung nicht in Erfüllung gehen kann und daß der Geber hiervon nicht unterrichtet war, die Vorschrift des § 741 Abs. 1 oder, wenn der Empfänger erst nach dem Empfange diese Kenntniß erlangt hat oder davon

Digitized by Google

unterrichtet wird, daß die Voraussetzung sich nicht erfüllt hat, die Vorschrift des § 741 Abs. 2 entsprechende Anwendung.

§ 1048. Auf eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit finden die Vorschriften der §§ 969—973, 975, des § 977 Abs. 1 und der §§ 978, 979 und im Falle der Veräußerlichkeit des Rechtes die Vorschriften des § 965 Abs. 2, des § 1011 Abs. 2, des § 1012 und des § 1013 Abs. 1 entsprechende Anwendung.

§ 1330. In den Fällen des § 1327 Nr. 2—4 tritt für die Zukunft unter den Ehegatten Trennung der Güter nach Maßgabe der §§ 1339, 1340 ein; auch finden die Vorschriften der §§ 1336, 1337 entsprechende Anwendung.

§ 1513. Auf die im § 1511 Abs. 1 Nr. 5, 6, 7 bezeichneten Rechtsgeschäfte finden die Vorschriften des § 1675 entsprechende Anwendung.

§ 1886. Auf eine letztwillige Auflage finden die Vorschriften des § 1777 Satz 1, 3, der § 1842, 1843, 1847, 1853, 1862, 1863, des § 1876 Abs. 1 und des § 1877 entsprechende Anwendung.

§ 2020. Auf den Erbverzichtvertrag finden die Vorschriften der §§ 1943, 1944, 1947, sowie in Ansehung des Erblassers die Vorschriften der §§ 1911, 1912 und in Ansehung des anderen Vertragschließenden die Vorschriften des § 1951 Abs. 3, entsprechende Anwendung.

Die Vorschriften der §§ 1943, 1944, 1947 und in Ansehung des Erblassers die Vorschriften der §§ 1911, 1912 finden entsprechende Anwendung auch auf den Vertrag, durch welchen ein Erbverzicht aufgehoben wird.

Dazu kommt noch, daß eine solche Verweisung sehr selten allein steht, der Paragraph, auf den verwiesen worden, enthält meist wieder neue Verweisungen, und so weiter, häufig bis ins fünfte Glied, auch bis ins sechste,[26]) vielleicht noch darüber hinaus.

Die Kommission hat augenscheinlich die unausbleiblichen Folgen dieser Methode sich nicht klar gemacht.

Der Masse des Volkes sind Texte wie die angeführten schlechthin undurchdringlich, und der Laie kann also durch sie auch nur in der bedauerlichen Meinung bestärkt werden, daß das Recht für ihn das Buch mit „sieben Siegeln" sei, dessen Inhalt er nicht kennen könne, und darum auch nicht zu kennen brauche.

Auf den jungen Juristen wird Dergleichen nothwendig auch abschreckend wirken. Als einziger Lernstoff vorgetragen, müßte es ihm

Digitized by Google

die Jurisprudenz überhaupt verleiden; neben anderem, z. B. dem Pandektenrecht, gewöhnt es ihn, das geltende vaterländische Recht gering zu schätzen. Und wenn nun ungeschickte Examinatoren sich darauf verbeißen, ihre Kandidaten in diesen Verweisungen zu prüfen?

Aber auch für den fertigen Juristen überwiegt der Schaden. Zahlen mit ihrer abstrakten Zweifellosigkeit sind die ärgsten Feinde der Anschaulichkeit. Bei Tönen und Farben wäre ja eine Bezeichnung durch Zahlen, nach den Schwingungen, schon nicht unmöglich: es gäbe sicher keine genauere Bezeichnung, aber auch keine wirkungslosere, Niemand könnte irgend etwas dabei empfinden. Und Gott bewahre uns davor, daß unseren Richtern jedes Gefühl und jede Anschauung vom lebendigen Rechte und seinem unlöslichen Zusammenhange mit allen menschlichen Verkehrsverhältnissen abhanden komme: das Recht nichts als Zahlen und Formelkram, die Richter Rechenmeister deren Thätigkeit fein erfundene Maschinen auch wohl zu leisten vermöchten, das ist das abschreckende Bild,[27]) dem man schon jetzt in den wenigst gebildeten Volkskreisen begegnet. Dasselbe wird auch, nachdem der Entwurf zum Gesetz erhoben worden, nicht Wirklichkeit werden, gewiß hat die Kommission Derartiges nie beabsichtigt, gleichwohl ist die ganze Fassung und Darstellung so ungeschickt, daß man sich nicht wundern darf, wenn Andere das für den Zukunftstraum des Entwurfs halten. Und schließlich, wenn ein Gesetz vom Richter Gesetzeskenntniß fordert, und (wie der Entwurf § 1) die ausgedehnteste Anwendung der Analogie proklamirt, so sind alle derartigen Verweisungen prinzipiell unnöthig und zugleich nicht ungefährlich, wegen der naheliegenden Argumente a contrario: hier sind nur jene, nicht diese Paragraphen citirt, also dürfen auch nur jene, nicht diese die entsprechende Anwendung finden. Schwerlich, daß damit durchgängig den Gedanken der Kommission entsprochen würde.

§ 11. Deutschthümeleien.

Die Kommission hat besondere Mühe darauf verwandt, technische Ausdrücke zu vermeiden und Fremdwörter auszumerzen. Zugegeben, daß wo es darauf ankommt, ein rechtes Volksbuch zu schaffen, das gleich alle Welt verstehen kann, Kunstausdrücke fernzuhalten sind, sowie daß in ein Musterbuch des deutschen Stils keine überflüssigen Fremdwörter gehören. Aber der Entwurf ist doch weder ein Volksbuch noch ein stilistisches Musterbuch, daher die Enthaltsamkeit in der einen und in der andern Richtung ohne rechten Zweck besteht.

Dennoch ist dem Entwurf wegen seines Purismus von Einzelnen besonderes Lob gespendet, Andere wünschen die Ausscheidung von noch

Digitized by Google

mehreren Fremdwörtern, und wieder Andere meinen, die Kommission würde besser gethan haben ihre Sorgfalt anderen Dingen zuzuwenden. Gierke insbesondere anerkennt zwar, daß viele Fremdwörter „mit lobenswerthem Eifer" entfernt seien, und wenn „Hypothek", „Legitimation", „Testament", „Rentencoupons" und „Kapital" (statt „Stamm") noch verblieben, so werde auch daraus „Niemand einen Vorwurf machen"; aber die Terminologie des Entwurfs sei „trotzdem nicht deutscher sondern lateinischer Herkunft, mit der bloßen deutschen Wortbildung sei noch wenig gethan."

> Denn während so manches entlehnte Wort uns innerlich zu eigen geworden ist und sich mit unserem Geiste erfüllt hat, kann umgekehrt ein Wort, dessen leibliche Bildung durchaus deutsch ist, doch die fremde Seele bergen. So aber verhält es sich vielfach mit den Kunstausdrücken des Entwurfs. Sie sind durch Uebersetzung oder Nachbildung römischer Bezeichnungen, oder der von der romanistischen Doktrin auf römischer Grundlage gestalteten Schulausdrücke entstanden und kleiden oft nur einen römischen Gedanken in deutsches Sprachgewand.[28])

Gänzlich einverstanden bis hierhin und außer Stande dasselbe klarer und eindringlicher zu sagen. Wogegen das Folgende eine recht ernste Auseinandersetzung fordert: Gierke meint nämlich, daß der Entwurf überhaupt als Produkt des modernen Romanismus zu betrachten und seine schlimmsten Fehler, sachliche wie sprachliche, die auch nach Gierke's Meinung eng zusammenhängen, auf die Rechnung dieser romanistischen Tendenz zu stellen seien. Ueber die Fehler denken wir auf beiden Seiten fast gleich; und wenn die Germanisten den Entwurf nicht als Produkt aus ihrem Lager anerkennen, so ist das ihre Sache; aber ebenso entschieden müssen auch wir die Urheberschaft ablehnen, die Fehler des Entwurfs verstoßen noch schroffer gegen die rechte romanistische Art der Arbeit als gegen die germanistische.

Doch vorher noch einiges über die bösen Fremdwörter. Ihre Entfernung entspricht einer Mode dieser Tage, und zwar einer äußerst harmlosen. Sie ist nicht mehr ganz neu, ab und zu schon in früheren Jahrhunderten aufgetaucht, hat sie in der ersten Hälfte des unsrigen namentlich in Potsdam viel Freunde und Anhänger gefunden; sie ist auch nicht ganz deutsch, denn wir sind von Haus aus rezeptionsfähiger angelegt als viele andere Nationen, wir verstehen besser die fremden Gedanken, vermögen mehr davon uns anzueignen und scheuen uns dann auch nicht, mit der Sache das Zeichen in unsern Besitzstand zu übernehmen. Aber es ist auch deutsch, die eigene Art bei Gelegenheit zu verleugnen, und dementsprechend, wenn unsere Puristen jetzt

Digitized by Google

einmal auf romanische Art den Fremdwörtern zu Leibe gehen. Als Korrektur der früher gar zu willigen Aufnahme des Fremdländischen wohl an der Stelle, und selbst in ihren Ausläufern völlig unschädlich, da Niemand gezwungen werden kann, die Mode mitzumachen, die ihren Anhängern erlaubt, mit wenig Witz und viel Behagen als Patrioten sich zu dokumentiren.

Ernster zu nehmen, aber immerhin noch von untergeordneter Bedeutung ist dieser Purismus in der Sprache der Staatsorgane, und zumeist der gesetzgeberischen, weil deren Worte auf die längste Dauer berechnet sind; der Purismus darf diese Sprache nicht schädigen. Hier sollten also zunächst keine deutschen Ausdrücke zur Einführung gelangen, die den traditionellen fremden an Präcision und Brauchbarkeit nachstünden, insonderheit keine mit rezipirten Nebenbedeutungen Nicht minder aber ist darauf zu halten, daß unsere eigenen sprachkünstlerischen Produkte kurz und biegsam und leidlich wohllautend ausfallen. Sind diese Bedingungen erfüllt, so wird in der Gegenwart kaum Jemand noch etwas dawider zu erinnern finden, obschon die Einführung neuer technischer Ausdrücke allezeit mit gewissen Uebelständen verknüpft ist und eine Accomodationsperiode fordert, während welcher der Gebrauch und das Verständniß des neuen Wortes noch keineswegs voll gesichert sind.

Dem Entwurf soll nicht vorgeworfen werden, daß er viel zuviel germanisirt habe. Außer den schon vorher genannten Wörtern sind noch manche andere fremdlautende im Gebrauch verblieben, z. B. Aktion, Arrest, Civilprozeßordnung, Exterritorialität, Fiskus, Garnisonort, Interesse, Inventar, Konkurs, Konsulat, Kredit, Marine, Militärperson, Notar, Paragraph, Person, Prokura, Protokoll, Titel. Die Uebersicht zeigt, wie heillos schwer es ist, eine rationelle Grenzlinie zu ziehen, und unwillkürlich fragt man, was denn der ganzen Mühe Lohn gewesen, da die deutsche Wechselordnung und das Handelsgesetzbuch, die noch mit voller Naivetät die Fremdwörter gebrauchen, doch weitaus besseres und zumal gemeinverständlicheres Deutsch geschrieben haben.

Nur als Kuriosum ist zu bemerken, daß auch das Wort „Prozeß“ auf die Proskriptionsliste gesetzt ist. Die Civilprozeßordnung ist bekanntlich 1879 in's Leben getreten, aber das zehn Jahre jüngere Gesetzbuch kennt keinen „Prozeß“ mehr, nur „Rechtsstreit“. Die Forscher der Zukunft mögen sich dereinst die Köpfe zerbrechen, wie der Umschlag zu erklären. Aber an ein paar Stellen hat sich der „Prozeß“ doch gerettet, z. B. § 2108; das „Prozeßgericht“ findet sich § 2142, und „Civilprozeßordnung“ selber durchgängig. Beiläufig ist die Wiedergabe von „Prozeß“ durch „Rechtsstreit“ verfehlt; dies Wort ist übelklingend und widerhaarig beim Gebrauch, und hat zum Ueberfluß

Digitized by Google

bereits eine andere Bedeutung, von der es schwer zu trennen sein wird: ein „Rechtsstreit“ kann in verschiedener Weise zum Austrag gebracht werden, durch „Prozeß“, durch Kompromiß, oder durch Vergleich. Auch darf man wohl kaum von einem „Rechtsstreit“ reden, wenn der Beklagte sofort den klägerischen Anspruch anerkennt, oder überhaupt nur wegen augenblicklichen Zahlungsunvermögens sich verklagen und kontumaziren läßt. — „Gewinnantheilschein“ ist auch recht schwerfällig, hieße es noch „Theilschein“ oder „Gewinnschein“. Uebrigens ist „Dividendenschein“ präciser als „Gewinnschein“ oder „Gewinnantheilschein“, denn „Dividende“ ist nicht der ganze Gewinn, sondern nur soviel davon zur Vertheilung gelangt (D. H. G. B. 216), und „Dividenden“ und „Dividendenscheine“ sind heutzutage wohlbekannte Wörter, bis in die Kreise der Kleinbürger hinein. — Ebenso ist „Zueignung“ unpassend für Occupation; Goethe hat eins seiner schönsten Gedichte überschrieben „Zueignung“, gleich „Widmung“ etwa oder „Dedikation“, und daran hat sich der gemeine Brauch bis jetzt gehalten. „Aneignung“ wäre deutlicher, aber beide Wörter sind ungeschickt, weil wir nicht schlechthin sagen können „etwas an- oder zueignen“, sondern dabei sofort auch den nennen müssen, dem das Etwas an- oder zugeeignet werden soll. Aber „Gewinnantheilschein“ und „Zueignung“ findet sich auch schon in andern Reichsgesetzen! — Ja, was kommt darauf an, wenn man doch entschlossen ist, um den Sprachgebrauch von Wechselordnung Handelsgesetzbuch und Civilprozeßordnung sich nicht zu kümmern.

Dagegen scheinen Gierke's Wünsche, die Reaktivirung von „fahrender Habe“ oder „Fahrniß“, „liegendem Gut“ oder „Liegenschaften“, „Näherrecht“, „gesammte Hand“, „Schlüsselgewalt“, „Wahlkind“, „Wahleltern“, „Mundschaft“, Mundwalt“ und ähnlichem betreffend, durchaus plausibel, vorausgesetzt nur, daß im Gesetz mit diesen Wörtern, den Anforderungen der neuesten Rechtswissenschaft gemäß, scharf abgegrenzte Begriffe verknüpft werden.

Und da wir nun doch einmal mit diesen Dingen uns zu befassen gezwungen worden, schließlich noch eins: „Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich“, ist dieser Name selber so ganz unanfechtbar? ist „bürgerliches Gesetzbuch“, genau besehen, irgend besser als „lederner Handschuhmacher“ oder „junge Hundedressur“? denn das „Buch“ ist kein „bürgerliches“, auch „bürgerliches Recht“ kein alter Ausdruck, sondern lediglich eine Uebersetzung von „ius civile“, und zudem „ius civile“ die schlechtere der bei den Römern gebräuchlichen Bezeichnungen, da sie neben der hier gemeinten noch viele andere Bedeutungen hat, wogegen „ius privatum“ kaum je in anderem Sinne vorkommt. Also: schafft uns erst das deutsche Wort für das fremdländische

Digitized by Google

„Privatrecht", und gestaltet danach den Taufnamen unseres großen Rechtswerks ohne sprachwidrige Verzerrung. — Scherz beiseite: ob das Werk so oder anders geheißen wird, ist für den Nutzen oder Schaden, den es bringen kann, nahezu gleichgültig. In Oesterreich und in Sachsen stehen schon „bürgerliche Gesetzbücher" in Kraft, der Name ist durch den Gebrauch geheiligt und ausreichend verständlich; er kann also auch dem deutschen Bedürfniß genügen. Wer aber auf das Herkömmliche so geringen und auf das Deutsche so großen Werth legt, der hätte immerhin auch des altehrwürdigen „Spiegel" sich erinnern und etwa

Spiegel des Deutschen Reichs

oder

Des Deutschen Reiches Bürgerspiegel

in Vorschlag bringen sollen.

Auffälliger, aber doch durchaus nicht unerklärlicher Weise steht der Purismus in den Motiven keineswegs auf der Höhe des Entwurfs. Man hat für sie noch keinen deutschthümlichen Namen gesucht, und spürt auch im Innern wenig Deutschthümelei. Die Motive würden werthlos sein, wenn sie nicht aus den Protokollen geschöpft wären und die Sprache der Protokolle redeten. Die Mitglieder der Kommission müssen also unter sich auf allen puristischen Zwang verzichtet und es für ausreichend gehalten haben, ihrem Kunstprodukt das Modejäckchen anzuziehen. Nichts dawider; auch das Bedenken, daß ein Gesetzbuch an erster Stelle deutlich und verständlich reden sollte, und daß es dann immerhin seltsam erscheine, wenn die zur weiteren Verdeutlichung bestimmten Motive doch wieder eine andere, also vermuthlich noch deutlichere Sprache reden, wollen wir nicht überschätzen. Es kommt eben für die Deutlichkeit und den ganzen Werth der Sprache nicht viel darauf an, ob einzelne Ausdrücke so oder anders lauten.

Bei weitem ernster treten wir der Gierke'schen Behauptung entgegen, daß der Entwurf ein wesentlich romanistisches Machwerk sei, das seine formellen und materiellen Schäden vornehmlich der romanisirenden Tendenz verdanke. Mein verehrter Freund hat hier, vom Schein getrogen, sich nicht so tief durch die Oberfläche zum Kern der Sache hingebohrt, wie das sonst seine Art zu sein pflegt.

Der äußere Zuschnitt des Entwurfs ist ungefähr der eines Pandektenkompendiums, und darin ist auch sehr viel von einem Pandektenkompendium, und zwar dem Windscheid's[20]). Auch andere Pandektisten werden wenig Mühe haben, den wesentlichen Inhalt des Entwurfs in ihre Vorlesungen aufzunehmen. Alles unleugbar; aber

Digitized by Google

was folgt daraus? Was will der Romanist in der Gegenwart? was scheidet ihn noch vom Germanisten?

Gierke meint[30]), das sei „vielleicht der innerste Gegensatz zwischen dem römischen und germanischen Privatrecht, daß der Gedanke der Gemeinschaft aus jenem verbannt ist, dieses durchdringt". Das ist kaum halb zutreffend, der „innerste" Gegensatz ist keinesfalls hiermit dargelegt. Das römische Recht, in der Gestalt die uns am geläufigsten, die Kaiser Justinian ihm gegeben, ist das Recht eines alten, müden, zerbröckelnden Volkes; die Fortschritte der Zersetzung in den letzten hundert Jahren, seit dem Codex Theodosianus, sind leicht nachzuweisen. Das Vereinswesen scheint allerdings im Reiche Justinians nicht sonderlich geblüht zu haben. Aber war das immer der Fall? In alter Zeit sind die Gentes und dann die Familien sehr fest geschlossene Gemeinschaften gewesen, allerlei andere bilden sich in der republikanischen Zeit aus den mannigfaltigsten Gründen und mit den verschiedensten Zielen, collegia und sodalicia, auch zu gewerblichen Zwecken, theils den Zünften, theils den Aktiengesellschaften vergleichbar. Auch wieder ganz kleine und beschränkte Vereinigungen anerkennt das Recht, und ordnet den Zusammenhang der Theilhaber bei Miteigenthümern, Miterben, Mitbürgen ꝛc. Das Kaiserthum ist wenigstens den größeren dieser Bildungen nicht günstig gewesen; verloren sich die Lebensbedingungen derselben überhaupt, oder trat man ihnen von oben her mit staatlicher Eifersucht entgegen. Im sechsten Jahrhundert giebt es nur noch Ruinen der alten Vereinsgebilde, und das Recht, das dazumal gesammelt wird, zeigt auch von diesen nur wenige Spuren. Identifizirt man also das Corpus iuris civilis mit dem römischen Privatrecht, und stellt dem gegenüber die deutschen Quellen älterer und neuester Zeit, so tritt die Grundlage von Gierke's Behauptung deutlich heraus.

Aber Justinian's Sammlung und das römische Recht dürfen nicht zusammengeworfen werden, so wenig wie die vom Kaiser bestellten Kompilatoren und die Jurekonsulten der klassischen Periode. Was uns heute noch zum römischen Recht hinzieht, ist ausschließlich die Arbeit dieser Jurekonsulten, auch nicht was sie erarbeitet, sondern wie sie gearbeitet haben. Diese Art der Arbeit ist unser Vorbild, wir halten sie für mustergültig, nicht für vollkommen und unübertrefflich, nur für unübertroffen auf Erden bisher.

Germanisten pflegen eine gewisse herzliche Zuneigung für allerlei dem älteren deutschen Rechte entstammende Gestaltungen, wie gesammte Hand Mundschaft, und Sätze, wie Hand soll Hand wahren, Kauf bricht Miethe nicht, und dergleichen mehr zu empfinden. Der Romanist unserer Tage steht solchen Stücken des germanischen Rechts, und den

Digitized by Google

entsprechenden des römischen, mit vollkommener Gleichgültigkeit gegenüber. Er fordert vom Inhalt des Rechts überall nur das Eine: das er den gegebenen Verhältnissen, die er beherrschen soll, angemessen sei, und nützlich auf sie zu wirken verspreche.

Diese utilitarische Auffassung ist das nothwendige Ergebniß unseres Studiums, und zwar drängt gerade die geschichtliche Forschung hierhin. Vor uns liegt die Entwickelung des römischen Rechts in einem bald tausendjährigen Zeitraum, von den Zwölftafeln bis auf Justinian. Es beginnt als das Recht eines kleinen Stadt- oder Staatswesens mit eng beschränktem Horizont, allerdings gleich Anfangs ungewöhnlich scharf ausgeprägt, mit klar erkannten Gegensätzen (z. B. des dinglichen und des obligatorischen Rechts: „aio rem meam esse ex iure Quiritium“ — „aio te mihi dare oportere“); wobei wir freilich noch nicht genau wissen, ob das der Ausdruck einer besonderen römischen Eigenart, oder ob es den Römern mit anderen Zweigen des gräcoitalischen Stammes gemein gewesen. Das Recht wächst zunächst langsam weiter, dann rascher; am wenigsten durch neue Gesetze, am meisten durch den Einfluß der Prozeßorgane, der Prätoren und der Berather von Prätoren Richtern und Parteien, der Rechtsgelehrten. Es wächst dem Staatswesen entsprechend, nimmt das ius gentium in sich auf und wird zum „Weltrecht“, wie es damals ein Weltrecht geben konnte. Fast unmittelbar an die höchste Blüthe schließt sich ein plötzlicher Verfall; die eigentliche Produktionskraft ist erloschen, aber darum hören die Veränderungen nicht auf, viele Kaisergesetze thun Altes ab und Neues zu, endlich versucht Justinian in immerhin großartiger Weise aus der unübersehbaren Masse der Quellen für sein Volk brauchbare Rechtsbücher herzustellen.

Innerhalb dieses Rahmens sehen wir die größte materielle Mannigfaltigkeit. Vormundschaft und Erbschaft verknüpft erst mit den Agnaten, dann mit der Cognatenfamilien, und insbesondere betreffs der Intestaterbfolge ebenso große Differenzen zwischen dem Zwölftafelrecht und dem Edikt, wie dann wieder zwischen diesem und der Justinianischen Gesetzgebung, und innerhalb dieser zwischen dem Codex und den Novellen. Wir kennen das römische Recht ohne ius possessionis und ohne Schutz des Ersitzungsrechts (a. Publiciana), die beide erst prätorischen Ursprungs sind; eine Zeit lang ist das Besitzrecht an Mobilien und Immobilien verschieden, dann ausgeglichen. Das älteste römische Recht weiß von der bona fides so gut wie nichts; erst gegen Ende der Republik gelangt die a. doli zur Einführung. Vor der L. Plaetoria kennt man keinen Gegensatz der Majorennität und Minorennität. Kauf und Miethe waren nach den Zwölftafeln noch nicht klagbar; die Fideikommisse verdanken ihren Klagschutz erst der Kaiser-

Digitized by Google

zeit, das Universalvermächtniß seine eigenthümliche Bedeutung dem Trebellianum. Das Vellejanum, die Strafen der Selbsthülfe, das Verbot der laesio enormis, die L. Anastasiana, die gesetzlichen Generalhypotheken lauter tief einschneidende Neuerungen der Kaiserzeit. Im alten Recht bestehen für das eheliche Güterrecht zwei diametral entgegengesetzte Systeme friedlich neben einander, die gänzlich geeinten und die gänzlich getrennten Vermögen der Gatten; das Justinianische Recht kennt nur die letzteren mit der Brückenbildung der dos und der donatio propter nuptias. Der alte und der klassische Prozeß stehen unter den Grundsätzen der freien Beweiswürdigung, in der christlichen Zeit bringt die strenge Beweistheorie immer weiter vor 2c. 2c.

Sodann aber kennen wir das römische Recht nicht bloß, wie es in Rom geübt worden, sondern auch nach seiner Ueberführung in die moderne Welt; wiederum ein Zeitraum von bald achthundert Jahren, den wieder stoffliche Veränderungen erfüllen. Mag das Streben der Glossatoren Anfangs ein rein ideales, lediglich auf Erkenntniß der Wahrheit gerichtetes gewesen sein, bald mischen sich praktische Rücksichten mit ein, und nun gewöhnt man sich mehr und mehr, in den Quellen zu finden was man sucht, herauszulesen was man braucht oder zu brauchen vermeint. Dann hört das Quellenstudium eine Zeit lang ganz auf, ein Kommentar baut sich auf den andern, und um die Zeit ungefähr, als der Rückschlag hierwider zu Kräften kommt, vollzieht sich das wundersame große Ereigniß, das wir die Rezeption der fremden Rechte in Deutschland zu heißen pflegen. Mit den derogirenden Zusätzen des kanonischen Rechts und des langobardischen Lehnrechts wird das römische Recht, das Justinian gesammelt hat, in Deutschland aufgenommen, so wie die Aufnehmenden es verstehen. Soviel damals für eine durchgreifende Erneuerung des deutschen Rechtes sprechen mochte, immerhin bleibt es fraglich ob die Einführung des römischen Rechts möglich gewesen sein würde, wenn die an derselben betheiligten Juristen genaue wissenschaftlich begründete Kenntniß von diesem Recht gehabt hätten. So aber ist es geschehen, daß die längste Zeit in Deutschland unter dem Namen des römischen ein von dem echt römischen in wesentlichen Punkten abweichendes Recht geübt worden ist, übrigens auch nicht ohne mannigfaltigen Veränderungen zu unterliegen. Während kurzer Frist macht dann einmal im Zusammenhange mit der besseren Erkenntniß des wirklich römischen Rechts der Zweifel sich geltend, ob, da doch das römische Recht rezipirt worden, man nicht auch verpflichtet sei echt Justinianisch-römisches Recht zur Anwendung zu bringen. Aber gerade der historischen Auffassung widerstrebt es, wegen derartiger Bedenken mit der Entwickelung der letzten Jahrhunderte zu brechen. Wir wissen, daß das Recht eines gesunden lebenskräftigen

Digitized by Google

Volkes in stetem Flusse ist, wir sehen die treibenden Kräfte überall dahin drängen, das werdende Recht mit den Anforderungen der Gegenwart in Einklang zu bringen. Diese aus der Geschichtskenntniß gewonnenen Anschauungen verbieten uns, irgend ein Stück des älteren Rechts gewaltsam festzuhalten, das den praktischen Anforderungen unserer Zeit nicht mehr zu genügen vermöchte.

Im Augenblick aber ist die ganze Sachlage noch dadurch komplizirt, daß in Frage steht die Fortbildung nicht bloß des sog. gemeinen deutschen Rechts, sondern zugleich die des preußischen, des sächsischen und des französisch-deutschen Rechts, also des gesammten gegenwärtigen deutschen Rechts in seinen vier großen Gestaltungsformen. Da die vier zu Einem Rechte verschmolzen werden sollen, so ist ein Bruch der Rechtskontinuität für viele Einzelheiten gänzlich unvermeidlich, die pietätvolle Anhänglichkeit hat den Boden unter den Füßen verloren, es ist ein Prozeß einigermaßen demjenigen vergleichbar, als die Stammesrechte der einzelnen Völkerschaften zu Territorialrechten umgeschaffen wurden. Das Hergebrachte verliert seine Bedeutung als solches, denn es giebt kein für Alle hergebrachtes, und es soll doch ein für Alle gleiches Recht geschaffen werden. Die einzige Anforderung, die von Allen überein gestellt werden kann, ist die der allgemeinen Brauchbarkeit und Nützlichkeit. Daß in dem neuen Rechte aber doch wieder sehr viele Stücke aus dem alten Rechte, oder richtiger aus den alten Rechten enthalten sein werden daß die Produzenten des Rechts überhaupt nur schaffen werden, was sie können, und nur können nach dem was in ihnen ist und von irgendwoher in sie hineingekommen ist, dafür sorgen die schon von Savigny erkannten und dargelegten Naturgesetze der Rechtsentwickelung.

Aus alledem erklärt sich unsere Gleichgültigkeit gegen den historischen Ursprung der einzelnen Rechtssätze. Ob germanisch oder romanisch, das hat für uns nicht mehr Bedeutung, als dem Militär darauf ankommt, ob das Schwert das er führt, denen der römischen Legionäre oder den Waffen der Schaaren Hermanns gleicht; für die Gegenwart, für die Zwecke die wir damit erreichen wollen, soll es brauchbar sein.

Gewiß aber ist diese nüchterne Werthschätzung des Nützlichen, der Mangel an Sentimentalität und Romantik doch nicht das Einzige, was den Romanisten vom Germanisten unterscheidet. Neben dem negativen steht ein positives Kennzeichen, von noch größerem Gewicht als jenes. Schon oben ist gesagt, nicht was die römischen Juristen erarbeitet, nur wie sie gearbeitet, liege uns am Herzen. Inhaltlich kommt auf die Uebereinstimmung mit dem römischen Recht nichts an, aber alles darauf, daß unser eigenes Recht ebenso aufgeführt und

Digitized by Google

durcharbeitet werde, wie das römische einst aufgeführt und durcharbeitet worden ist. Denn in diesen Dingen müssen wir die Ueberlegenheit der römischen Rechtskundigen unseren Altvorderen gegenüber anerkennen. Und gerade weil wir wünschen, daß diese Ueberlegenheit nicht in alle Zeit andauere, und das deutsche Recht dereinst etwas noch Vollkommeneres werde als das römische Recht je gewesen, darum sind wir Romanisten, und von ganzem Herzen.

Daß wir die Leistungen der Römer auf dem Rechtsgebiet höher schätzen, mag jetzt manchem Ohre unpatriotisch klingen; aber die gemüthliche Erregung darf doch das gesunde Urtheil nicht fälschen. Stellen wir sie einmal zusammen den deutschen Sachsenspiegel und das prätorische Edikt, wie es unter Hadrian von Julian redigirt worden ist. An Umfang kommen sie einander ungefähr gleich, aber wieviel feiner ausgearbeitet, darum reicher und auch für die Verkehrsverhältnisse noch unserer Gegenwart ausgiebiger und brauchbarer ist das Edikt. Vielleicht sagt Wer, das sei nur begreiflich, denn der Sachsenspiegel sei das Werk eines Mannes, am Edikt aber hätten viele Geschlechter nach einander geschaffen, bis es endlich von dem bedeutendsten Juristen der besten Zeit in die feste Form gebracht worden. Nichts wider die individuelle Begabung des Eyke von Repgow, aber darauf eben beruht das Uebergewicht des römischen Rechts, daß an ihm Viele denkend mitgearbeitet haben, am deutschen Recht Wenige. Noch deutlicher zeigt sich aber dies an den späteren Leistungen der Juristen: durchschlagend überlegen sind die Kommentare zum Edikt der ganzen Literatur die sich, gleichviel unter welchem Namen, an den Sachsenspiegel angehängt hat. Und dabei sind die Ediktskommentare schwerlich das innerlich vollendetste und überhaupt geistig bedeutendste Produkt der römischen Rechtsgelehrsamkeit gewesen.

Versuchen wir das Wie der römischen Arbeit wenigstens annähernd zu bestimmen. Sie schöpft unmittelbar aus dem Leben, jeder Jurekonsult hat täglich viele praktische Fälle vor Augen, kein wichtigerer Rechtsstreit spielt sich in Rom ab, von dem er nicht wüßte; seine ganze Lehre, im Verkehr mit den Schülern und in den Büchern die er schreibt, verleugnet diesen Ausgangspunkt nirgends. Vom Konkreten strebt er zum Abstrakten, die Entscheidung des einzelnen Falles darf nicht für sich stehen, sie soll als Anwendung einer Regel auftreten, also muß die Regel gefunden, muß das Recht überhaupt als ein regelrecht gebauter Organismus erfaßt werden. Im Allgemeinen wird dann mit tadelloser Logik[31]) zurückgeschlossen auf das Besondere, es wird rückhaltslos entwickelt, wie danach zu entscheiden sein würde, aber diese logischen Konsequenzen werden doch keineswegs ebenso rücksichtslos in das Leben zurückübertragen und den praktischen Entscheidungen als

Digitized by Google

alleinige Richtschnur zu Grunde gelegt. Ergeben sich bei diesen aus der Erwägung des Möglichen Nützlichen und Zweckmäßigen größere Bedenken, so liebt der römische Jurist nicht mit dem Kopf durch die Wand zu gehen, er hält die eigene Konstruktion für nicht absolut vollkommen, und verkennt die Möglichkeit auf ungenügender Grundlage gebaut zu haben, keineswegs. Der einzelne Fall wird zunächst ex aequitate entschieden, und allmählich erst das regelrechte ius so weitergebildet, daß späterhin einmal auch jene voraufgeeilte einzelne Entscheidung, wenn sie nur wirklich dem aequum recht entsprochen hat, ihren Platz an der gehörigen Stelle finden wird.

In dieser Art der Arbeit und in dem Charakter, welchen dieselbe dem römischen Recht verliehen hat, sehen wir auch für uns noch nachahmenswerthe Vorbilder, ohne uns darum der Einsicht in ihre Schwächen zu verschließen. Wir verkennen nicht, daß an manchen Stellen, z. B. bei der Behandlung des Irrthums, die Jurekonsulten in den Anfängen stecken geblieben sind, daß sie an andern, z. B. bei dem Besitz, trotz aller aufgewandten Mühe nichts wahrhaft Brauchbares geschaffen haben; noch viel weniger, daß durch die späteren Kaiser das ältere bessere Recht oft geschädigt und verdorben worden ist.

Doch neben all' diesen Mängeln und Gebrechen bewundern wir das römische Recht in seiner Gesammterscheinung als Muster der Konsequenz und Elastizität, das an praktischer Brauchbarkeit (selbstverständlich für die Zeiten und Verhältnisse für die es geschaffen war) und an wissenschaftlicher Durchbildung alle anderen, von denen Kunde zu uns gelangt ist, weitaus überragt. Und als ganz besonderer Vorzug erscheint uns der innige Zusammenhang dieser Durchbildung mit der Brauchbarkeit, daß die wissenschaftliche Arbeit überall praktischen Zielen zustrebt, und wieder die Befriedigung der praktischen Bedürfnisse nicht außerhalb des wissenschaftlichen Rahmens zu erreichen sucht.

Ist hiermit das Ideal der Romanisten gezeichnet, so wird man zugeben müssen, daß der Entwurf demselben wenig entspricht. Form und Fassung weisen darauf, daß er nicht frisch aus dem Leben geschöpft, sondern das Produkt einer künstlichen mühsam berechnenden Arbeit ist. Und dennoch fehlt ihm der wahrhaft wissenschaftliche Aufbau, fehlen die festen klar ausgedachten Grundbegriffe, und die folgerichtige Entwickelung derselben zu anschaulichen Rechtssätzen, wie das Leben sie fordert. Sollen wir das Wesen des Entwurfs mit zwei Worten bezeichnen:

nicht wissenschaftlich, sondern doktrinär.

Digitized by Google

§ 12. Allerlei.

§ 1. Auf Verhältnisse, für welche das Gesetz keine Vorschriften enthält, finden die für rechtsähnliche Verhältnisse gegebenen Vorschriften entsprechende Anwendung.

Die freundlichste[32]) Auslegung sieht in den „rechtsähnlichen Verhältnissen" in rechtlicher Beziehung ähnliche; da es sich um die Anwendung von Rechtsvorschriften handelt, ist die „rechtliche Beziehung" der Aehnlichkeit selbstverständlich, und das längere und seltene Wort „rechtsähnliche" sagt also nicht mehr als das gebräuchliche kurze „ähnliche". Vielleicht wäre „verwandte" an dieser Stelle noch besser.

---

§ 2. Gewohnheitsrechtliche Rechtsnormen . . . .

§ 3. Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt . . . .

§ 4. Daß eine Person noch lebe . . . .

„Person" ist also hier und auch später (vgl. §§ 28, 29, 30, 36 ꝛc.) als gleichbedeutend mit „Mensch" gesagt. Der Mißbrauch für dasselbe Ding zwei Bezeichnungen in einem Gesetzbuch zu haben, ist schon wiederholt gerügt; hinzukommt hier, daß die eine von diesen Bezeichnungen („Person") doppelsinnig ist, da der Entwurf auch „juristische Personen" (I, 3 §§ 41—63) kennt, und also „Person" mit bestem Rechte da gebraucht wird, wo für „physische" und „juristische Personen" das Gesagte gleichmäßig gelten soll. Erwachsen auch keine gröblichen Mißverständnisse hieraus, so ist es mindestens unschön, wenn dasselbe Wort an zwei dicht aufeinander folgenden Stellen verschieden gebraucht wird, z. B.:

§ 34, 2. Eine Person kann zur gleichen Zeit an mehreren Orten den Wohnsitz haben [gilt für physische und juristische Personen].

Der Wohnsitz einer Person wird aufgehoben, wenn dieselbe den Wohnort in der Absicht verläßt, dort nicht mehr ständig zu bleiben [paßt augenscheinlich nur auf Menschen].

§ 1749. Mit dem Tode einer Person [sterben kann nur die physische Person] (Erbfall) geht das Vermögen derselben auf eine oder mehrere andere Personen (Erben) [erben können auch juristische Personen, vgl. § 1759] über.

---

§ 5. Ein Deutscher, welcher verschollen ist . . . .

§ 6. Ein Abwesender gilt als verschollen, wenn . . . .

„Ist" dieser Abwesende etwa nicht verschollen? warum dann aber „gilt als"? Das ist dasselbe Versehen, das schon oben (S. 39) zu § 437 „Als Schenkung gilt" zu tadeln gewesen. Die gleiche Nach-

Digitized by Google

läſſigkeit des Ausdruckes wiederholt ſich noch mehrfach, z. B. §§ 7; 8; 241; 626, 4; 661, 3; 666 („als Vergleich gilt" ꝛc.). An anderen Stellen wird dagegen „gilt als" korrekt gebraucht, z. B. § 123, 3 „als Verweigerung der Genehmigung gilt es, wenn . . . .", denn hier liegt in Wirklichkeit keine Verweigerung der Genehmigung vor, vielmehr wird ein anderer Thatbeſtand mit den Rechtsfolgen dieſer Verweigerung bekleidet, vgl. auch §§ 171, 173, 176, 208, 2, 473 ꝛc. Immerhin liegt in dieſem ſchwankenden Sprachgebrauch ein bedauerlicher Rückſchritt, da ſchon das deutſche Handelsgeſetzbuch mit der Benutzung derartiger Wendungen muſtergültig korrekt vorgegangen iſt.

---

§ 28. Eine Perſon, welche des Vernunftgebrauchs beraubt iſt, kann wegen Geiſteskrankheit entmündigt werden.

§ 29. Eine Perſon, welche durch verſchwenderiſche Lebensweiſe oder verſchwenderiſche Geſchäftsführung die Beſorgniß rechtfertigt, daß ſie ſich oder ihre Familie dem Nothſtande preisgebe[33]), kann wegen Verſchwendung entmündigt werden.

Mußte das geſagt werden? könnten die Gerichte darauf verfallen, die Geiſteskranken „wegen Verſchwendung", und die Verſchwender „wegen Geiſteskrankheit" zu entmündigen? und wäre es dann nicht vielleicht, ſtatt das Wort „Geiſteskrankheit" zu erklären durch das noch unbeſtimmtere „des Vernunftgebrauchs beraubt ſein", gerathen geweſen umgekehrt vorzuſchreiben, daß der des Vernunftgebrauchs Beraubte doch nur dann zu entmündigen ſei, wenn der Grund dieſes ſeines Zuſtandes nicht etwa in Trunkenheit oder vorübergehender Körperkrankheit liege? — Hölder meint, die Definition der Verſchwendung ſei zu eng, ich möchte fragen, ob ſie ganz richtig, d. h. den Gedanken der Kommiſſion entſprechend iſt: „verſchwenderiſche Geſchäftsführung" kann doch kaum etwas anderes bezeichnen, als daß Jemand ſein Geſchäftsperſonal übermäßig bezahlt und überhaupt die Geſchäftsſpeſen zu hoch anlaufen läßt. Aber gerade hierdurch haben die wenigſten Geſchäftsleute ſich ruinirt, viel mehrere durch vernachläſſigte überhaupt liederliche Wirthſchaft (von dieſer Vernachläſſigung reden auch die Motive), leichtfertige und unkluge Unternehmungen. Soll alſo die Geſchäftsgebahrung auch unter Kontrolle geſtellt werden, ſo dürfte dieſer Punkt von der Verſchwendung zu trennen ſein. Danach ergäbe ſich etwa folgende Faſſung:

Gründe der Entmündigung ſind

1. Geiſteskrankheit;
2. Verſchwendung;
3. Wiederholte grobe Verſtöße wider die Regeln der Geſchäftsführung;
4. Trunkfälligkeit (?).

Digitized by Google

§ 41. Personenvereine und Stiftungen . . . .
„Vereine" sagt dasselbe wie „Personenvereine".

§ 42. Die juristische Persönlichkeit eines Personenvereins und den Verlust dieser Persönlichkeit bestimmen sich . . . nach den Landesgesetzen, u. s. w.

Inkorrekte Gegenüberstellung, daher unklar. Gemeint war vermuthlich „Erwerb und Verluste der juristischen Persönlichkeit".

---

§ 47. Im Falle der Ueberschuldung der Körperschaft ist der Vorstand verpflichtet, unverzüglich die Eröffnung des Konkurses zu beantragen.

Dürfte undurchführbar sein. Verlangt werden sollte wohl nur, daß der Vorstand diesen Antrag stelle sobald er Kenntniß erhält von der Ueberschuldung, wobei dann noch, wie sonst häufig im Entwurf, das „Wissen-Müssen" dem wirklichen „Wissen" in seinen Folgen gleichgestellt werden könnte.

---

§ 64. Eine Person, welche im Kindesalter steht, ist geschäftsunfähig;
dasselbe gilt von einer Person, welche des Vernunftgebrauchs, wenn auch nur vorübergehend, beraubt ist, für die Dauer dieses Zustandes, ingleichen von einer Person, welche wegen Geisteskrankheit entmündigt ist, solange die Entmündigung besteht.
Willenserklärungen geschäftsunfähiger Personen sind nichtig.

Die Römer sind durchgängig mit „infans" ausgekommen, ist das deutsche „Kind" mißzuverstehen? etwa weil „Kinder" auch der Name für „Descendenten" oder doch eine Klasse derselben ist? Aber bei einiger Vorsicht wird es dem Gesetzgeber doch nicht schwer fallen, sich so deutlich auszudrücken, auch wenn er das Wort in den beiden Bedeutungen benutzt, daß kein Vernünftiger in Versuchung kommt, die Untersiebenjährigen und die Abkömmlinge untereinander zu wirren. Wer aber doch von der hypochondern Angst nicht loskommen könnte, taufe die Untersiebenjährigen „kleine Kinder"; wird der Ausdruck im Gesetzbuch konsequent festgehalten, so wäre damit sicher jede Verwechselung ausgeschlossen.

„Eine Person, welche des Vernunftgebrauchs beraubt ist", heißen wir zweifellos besser „geisteskrank", und dabei versteht es sich von selbst, daß dieser Name auf „die Dauer dieses Zustandes" sich beschränkt.

Digitized by Google

„Eine Person, welche wegen Geisteskrankheit entmündigt ist", heißen wir besser „wegen Geisteskrankheit entmündigt", und da wir ohnehin wissen, daß es eine Aufhebung der Entmündigung giebt (vgl. § 28, 2), so werden wir auch bei dem „Entmündigten" nicht an einen solchen denken, der einstmals eine nachher wieder aufgehobene Entmündigung erlitten, sondern nur an den, der einer noch jetzt zu Recht bestehenden Entmündigung unterliegt.

Daß „Geschäftsunfähige" keine Geschäfte vornehmen können, liegt im Namen; was sie vornehmen, sind also „keine Geschäfte" oder „nichtige Geschäfte", und da der Entwurf „Rechtsgeschäft" und „Willenserklärung" als gleichbedeutend benutzt, so liegt in der „Geschäftsunfähigkeit" auch die Nichtigkeit der „Willenserklärungen". Nach alledem will uns bedünken, daß der volle Sinn des § 64 mit den Worten wiederzugeben wäre:

> Geschäftsunfähig sind Kinder, Geisteskranke und wegen Geisteskrankheit Entmündigte.

So viel von den ersten fünfzehn Seiten. Für das Uebrige müssen wir uns auf wenige Beispiele beschränken, wie sie uns eben in die Hand fallen.

Bei den Obligationen oder, wie der Entwurf sagt, „Schuldverhältnissen", befinden wir uns in der ungewöhnlich günstigen Lage, für die beiden Seiten dieses Gebildes zwei von der Rechtssprache angenommene kurze und bequeme Namen zu besitzen, „Forderung" und „Schuld". Der Entwurf benutzt dieselben selbstverständlich auch, z. B. in der Rubrik „Sondernachfolge in Forderung und Schuld", aber er hält doch an der „Schuld" nicht so fest, wie er könnte und sollte, und verwendet namentlich den noch wenig festen Ausdruck „Verbindlichkeiten" mit Vorliebe, wo er doch nur an „Schulden" denkt. So § 333 „die Vereinigung von Forderung und Verbindlichkeit in der Person eines Gesammtgläubigers . . . ."; § 423 ꝛc. Den Ausdruck „Verbindlichkeiten der Ehefrau" (Rubrik von § 1311 und sonst sehr häufig) würde man nach dem bisherigen Brauche geneigt sein zu deuten auf die zum Theil höchst eigenartigen Verpflichtungen einer Ehefrau ihrem Ehemann gegenüber, aber gemeint sind auch hier wieder die Beziehungen zu ihren Gläubigern, die „Schulden".

> § 1343. Die Vereinigung des Vermögens der beiden Ehegatten zu dem Gesammtgute tritt kraft des Gesetzes ein, ohne daß es einer Uebertragung bedarf.

„Kraft des Gesetzes" ist selbstverständlich, da nach dem Entwurf dem Gewohnheitsrecht die gleiche Kraft nicht zusteht. Dahingegen ist

Digitized by Google

nicht gesagt, welcher Thatsache (Abschluß des Ehevertrags, Eingehung der Ehe 2c.) von Gesetzeswegen die Kraft beigelegt ist, die Vereinigung der beiden Vermögen zu einem Gesammtgute zu bewerkstelligen. Augenscheinlich ist die schlechte Fassung aus einer gedankenlosen Anwendung des schlechten Sprachgebrauchs erwachsen, der die „gesetzlichen" Rechtsfolgen den „gewollten" gegenüberstellt.

---

§ 1573. Der Vater des unehelichen Kindes ist dem letzteren nur den nothdürftigen Unterhalt, und diesen nur bis zur Zurücklegung des vierzehnten Lebensjahres des Kindes zu gewähren verpflichtet.

Das klingt ungeschickt und sagt nicht mehr als

der Vater hat dem unehelichen Kinde bis zu dessen vollendetem vierzehnten Lebensjahr nothdürftigen Unterhalt zu gewähren.

---

§ 1954. Wenn der Vertragserbe den Erblasser nicht überlebt, so geht das Recht aus der Erbeinsetzung nicht auf den Erben des Vertragserben über.

Hier dürfte die Fassung vorzuziehen sein:

Stirbt der Vertragserbe vor demjenigen, auf dessen Erbschaft er gesetzt ist, so erlischt die Erbeseinsetzung.

Endlich noch ein Kuriosum:

§ 1287.

Vorbehaltsgut sind die Gegenstände, welche die Ehefrau durch Erbfolge oder durch Vermächtniß oder als Pflichttheil oder durch Zuwendung unter Lebenden von Seiten eines Dritten erwirbt, sofern in den ersteren Fällen die Erblasser durch letztwillige Verfügung, in dem letzten Falle der Dritte bei der Zuwendung bestimmt hat, daß die Gegenstände Vorbehaltsgut sein sollen.

Vgl. §§ 1288—1291.

§ 1347.

Vorbehaltsgut sind die Gegenstände, welche einer der Ehegatten durch Erbfolge oder durch Vermächtniß oder als Pflichttheil oder durch Zuwendung unter Lebenden von Seiten eines Dritten erwirbt, sofern in den ersteren Fällen die Erblasser durch letztwillige Verfügung, in dem letzten Falle der Dritte bei der Zuwendung bestimmt hat, daß die Gegenstände Vorbehaltsgut sein sollen.

Vgl. §§ 1348—1350.

Sollte es früher schon irgendwo gelungen sein, zwei so lange Gesetzesparagraphen bis auf zwei Worte: „die Ehefrau" — „einer der Ehegatten", völlig gleichlautend herzustellen?

Digitized by Google

§ 13. Ergebniß.

Ueber die ferneren Schicksale des Entwurfes gehen Erwartungen und Wünsche zur Zeit noch weit auseinander. Gierke will erst später auf die Frage eingehen, „was weiter geschehen soll, damit die mühsame Arbeit nicht verloren sei," aber aus Allem, was er bereits gesagt hat, leuchtet doch schon das abfällige Endurtheil „schätzbares Material" hervor; kann sein, daß die Materialien zum Entwurf, die vollständigen, ihm noch schätzbarer erscheinen werden. Hölder ist nicht so extrem, wünscht aber doch auch eine vieles umgestaltende Ueberarbeitung, „wann das begonnene Werk der Kodifikation zu Ende gelangen wird, ist eine Frage von untergeordneter Bedeutung, neben der Frage wie es ausfallen wird." Noch bescheidener tritt Bähr[34]) auf, die Erwägung der praktischen Schwierigkeiten stimmt ihn entsagungsvoll. Die „Bundesrathskommission" werde wünschen müssen, das Produkt ihrer langen Berathung möglichst unverändert zu erhalten, und bei allen anderen mitwirkenden Faktoren der Gesetzgebung sei für die in Betracht zu nehmenden rechtswissenschaftlichen Fragen nur geringes Interesse vorauszusetzen. Die Tagesblätter schienen Anfangs überwiegend unter dem Einfluß der Freunde des Entwurfs Schönfärberei zu treiben, neuerdings gewinnt der Pessimismus die Oberhand; daß der Entwurf keinesfalls in dieser Gestalt an den Reichstag gelangen werde, ist vielmals ausgesprochen. Der Totaleindruck aus Privatgesprächen, zumal mit Praktikern, ist auch kein dem Entwurf günstiger. Vermuthlich führt der bevorstehende Juristentag[35]) zu einer Klärung und Ausgleichung der Meinungen.

Am Entwurf mag vieles getadelt werden und manches mißrathen sein, aber Hauptsache ist und bleibt doch, daß wir zu einem einigen Recht, und daß wir rasch dazu gelangen.

Die Bedenken, zu denen unsere eigenen Betrachtungen geführt haben, sind hier offen dargelegt, es wäre inkonsequent, sie nachträglich herabmindern und für unerheblich ausgeben zu wollen. Aber wir haben diesen Entwurf, von wenigen Ausnahmen abgesehen, doch auch nur von einer, und zwar seiner schwächeren, der formalen Seite betrachtet. Daß rein sachlich manche Bestimmung wohl gelungen, und daß namentlich der Entwurf den Anforderungen der Gegenwart näher tritt, als irgend eines der zur Zeit noch geltenden großen Gesetze, ist schon vielfach anerkannt worden. Doch wie dem auch sei, gewiß ist der Entwurf kein Meisterstück, kein Werk auf das Deutschland mit Stolz zu blicken hätte, auch zum Gesetz erhoben wird er sich nicht als monumentum aere perennius bewähren. Und dennoch

Digitized by Google

müssen wir wünschen und streben, daß er eingeführt werde so bald wie möglich, und darum auch verändert so wenig wie möglich.

Im Gegensatz zu Hölder und vielen Anderen, halte ich eine durchgreifende und wirklich erfolgreiche Verbesserung vor der Einführung für äußerst schwierig, kaum für erreichbar. Andererseits glaube ich, daß die Gefahren der Einführung mit nur geringen oder ganz ohne Veränderungen meist überschätzt werden, und sehe vielmehr in eben diesem Vorgehen die sicherste Brücke, um überhaupt zu besseren Rechtszuständen in Deutschland hindurchzudringen.

Ueberschlagen wir zunächst die Möglichkeit einer durchgreifenden Verbesserung des vorgelegten Entwurfs. Wer sollte dieselbe ausführen? entweder die alte, oder eine neue aus neuen, an der bisherigen Arbeit nicht betheiligten Mitgliedern zusammengesetzte Kommission. Es giebt dann noch allerhand Mittelwege, doch wird man sich leicht überzeugen, daß dieselben bald auf die eine oder auf die andere Seite führen müssen: wird die alte Kommission durch einzelne neue Elemente verstärkt, so bleibt sie im Wesentlichen die alte Kommission, und kann nicht erheblich leistungsfähiger werden als sie bisher gewesen; umgekehrt, wird eine neue, von der älteren in ihren Anschauungen und in ihrem Können wesentlich verschiedene Majorität gebildet, so werden die aus der alten Kommission zu übernehmenden Mitglieder in der neuen voraussichtlich nicht viel nutzen und nicht viel schaden, sie könnten Aufklärungen geben über einzelne dunkele Punkte der früheren Arbeit, sie könnten aber auch leicht in eine schiefe, für sie selber unerquickliche und dem Gedeihen des neuen Werkes wenig ersprießliche Position gerathen.

Bleibt die alte Kommission, ganz oder doch in der Hauptsache unverändert, so sind größere Verbesserungen des Entwurfes unausführbar. Hier hat Bähr bereits das Richtige getroffen. Durchaus kein Grund liegt vor, die Kommission für verstockt und eigensinnig zu halten; sie wird manche freundliche Bemerkung als zutreffend annehmen, und danach zu kleinen Abänderungen gern bereit sein. Mehr kann sie nicht leisten, beim besten Willen nicht. Denn, mag man über die bisherige Arbeit sonst denken wie man will, der Ernst und Fleiß, Gewissenhaftigkeit und Unverdrossenheit der Kommission stehen über allem Zweifel. Sie hat ihr Bestes gegeben, darum ein wirkliches Mehr von ihr nicht zu verlangen ist; klares Ausdenken der Grundbegriffe liegt im Bereich ihres Könnens so wenig, wie die einfach natürliche auch den Massen verständliche Ausdrucksweise. Und da nun durch einzelne verstreute Aufbesserungen der Gesammtwerth des Entwurfs auch nicht wesentlich zu steigern ist, so wird, wenn die alte Kommission an der

Digitized by Google

Arbeit bleibt, vor Allem darauf zu halten sein, daß sie bald fertig werde mit ihrem neuen Werk.

Oder eine neue Kommission wird gebildet, sei es zur durchgreifenden Ueberarbeitung des alten, oder zur Herstellung eines neuen Entwurfs. Hier hört jegliche Vorausberechnung auf, die Bildung der neuen Kommission wäre ein Sprung ins Blaue, so gut wie die Bildung der alten ein solcher Sprung gewesen ist. Wir haben Manches auf dem Gebiete der Gesetzgebung gelernt im Laufe dieses Jahrhunderts: wir wissen, daß es eine Ueberhebung der Wissenschaft gewesen, wenn Savigny vermeinte, daß sie allein, ohne Beihülfe des Gesetze gebenden Staates, in Deutschland die Rechtseinigkeit, deren wir bedürfen, zu schaffen vermögend sein werde; noch mehr aber erscheint uns die naive Behauptung Thibaut's, daß es einigen wohlgesinnten Männern nicht schwer fallen könne, ein deutsches Gesetzbuch zu aller Welt Befriedigung so zu sagen aus dem Aermel zu schütteln, wie ein ahnungsloser Kindertraum. Wir kennen jetzt die Aufgabe, vor die wir gestellt sind, und haben die Schwierigkeiten der Lösung begriffen, aber für die Lösung selber fehlt noch das Rezept, ja wir wissen, ehrlich gestanden, nicht einmal, woran die zur Lösung bestgeeigneten Männer unter uns zu erkennen wären. Daß die Kraft zur Bewältigung derartiger Aufgaben in unserem Volke steckt, ist nach der Herstellung der Wechselordnung und des Handelsgesetzbuches a zunehmen; dennoch sind alle späteren Gesetzeswerke minder gut, einzelne, wie z. B. die Aktiennovelle von 1884, insbesondere was die Fassung anlangt, geradezu schlecht ausgefallen.

Zugegeben, daß ein Mangel des echten gesetzgeberischen Blutes in der Kommission ersichtlich ist, daß gerade hiervon Suarez sowohl wie die Autoren des Code Napoléon mehr besessen haben. Unsere Kommission steht da ohne die wahre Schaffensfreudigkeit, ohne schöpferische Kraft und Selbstvertrauen, ihr fehlt der freie Sinn und die glückliche Hand, ohne welche so kolossale Schwierigkeiten nicht wirklich zu zwingen sind. Offenbar hat Windscheid's Persönlichkeit und Lehrbuch den größten Einfluß auf seine Kollegen bei dieser Arbeit geübt, die ihm an Sammlerfleiß und Respekt vor der Wissenschaft nahe verwandt erscheinen. Windscheid's Pandekten aber sind zweifellos der beste Spiegel unserer Litteratur seit den fünfziger Jahren. In gewissem Sinne erscheint also die gesammte deutsche dogmatische Rechtslitteratur, die dem doktrinären Zuge auch nur zu oft gefolgt ist, als Mitschuldige an dem vorgelegten Entwurf. Unsere Praxis aber, die nach ihren Spitzen zu beurtheilen ist, wagen wir auch kaum höher zu stellen als die Litteratur, zumal Fassung und Ausdrucksweise der reichsgerichtlichen Entscheidungen noch immer viel zu wünschen lassen.[36])

Digitized by Google

Alles zusammengenommen kommen wir darüber nicht hinaus, daß die Zusammensetzung einer gesetzgebungstüchtigeren Kommission in der Gegenwart gelingen und mißlingen könnte, daß die Wahrscheinlichkeit des Einen und des Andern nicht zu bestimmen ist, und daß vor allem Niemand im Stande wäre anzugeben, wie sich dem Mißlingen mit Sicherheit vorbeugen läßt. Die voraussichtliche Folge eines neuen Fehlsprunges aber würde wohl die Vertagung des ganzen Rechtseinigungswerkes bis auf späte Tage sein, deren Eintritt aus der jetzt thätigen Generation Niemand mehr zu erleben hoffen dürfte.

Wenden wir uns zur Betrachtung der anderen Möglichkeit. Gesetzt also daß der Entwurf in der jetzigen Gestalt, oder in einer solchen wie sie die bestehende Kommission mit knapp bemessener Revisionsarbeit[37]) ihm zu geben vermöchte, an den Reichstag gebracht und von diesem en bloc angenommen würde. Denn daß eine Reichstagskommission großartige Korrekturen durchzuführen vermöchte, den inneren Aufbau zu befestigen und die Sprachsünden zu beseitigen im Stande wäre, wird Niemand behaupten. Kann sein, daß die nationale Eitelkeit sich wenig geschmeichelt fühlen wird durch eine Errungenschaft, um die kaum Jemand sie beneiden möchte. Aber würden, abgesehen von dieser ideellen Schädigung, auch materiell schlechte oder gar unerträgliche Zustände die Folge sein? Das sächsische Gesetzbuch gilt auch nicht als Meisterwerk, vom wissenschaftlichen Standpunkte ist Manches daran auszusetzen, die Sprache freilich ungezwungener und verständlicher, aber doch auch keineswegs so kurz und knapp bündig und würdig wie die eines Gesetzbuches sein soll, unter den einzelnen Bestimmungen viele die den Anforderungen des Lebens durchaus nicht voll entsprechen, der ganzen Anlage nach romanisirend und pandektenlehrbuchartig mindestens eben so sehr wie der Entwurf; und doch, nach Allem was darüber verlautet, praktisch nicht unbrauchbar, durchaus nicht unerträglich. Zum Gesetz erhoben würde der Entwurf vermuthlich den gleichen Erfolg haben. Gierke selber giebt zu, daß das deutsche Recht „dem ihm zugedachten Todesstoße" nicht erliegen werde. Ist der Entwurf ein schwaches Machwerk, so wird er auch nach seiner Einführung überhaupt wenig schaden, und insbesondere späteren Verbesserungen kaum im Wege stehen. In den Motiven sind vielfach Aufforderungen an die Wissenschaft ausgesprochen, die schärfere Ausprägung und die Weiterbildung des im Entwurfe gebotenen Rechtsstoffes in die Hand zu nehmen. Wird damit auch von der Wissenschaft verlangt, was sie genau besehen nicht zu leisten vermag,[38]) so werden doch Diejenigen, welche übrigens als die Vertreter der Wissenschaft sich zu betrachten gewöhnt sind, diese Gelegenheit an der Rechtsproduktion Theil zu nehmen nicht ungenützt vorüber

Digitized by Google

lassen. Praktiker Schriftsteller und Lehrer werden sich mühen, dem Recht ihren Stempel aufzudrücken. Ein an sich kräftigeres und fester gestaltetes Recht, wie etwa das preußische Landrecht, hätte zäheren Widerstand leisten müssen. Aber das Recht des Entwurfs wird sich manche Streckung und Beugung gefallen lassen, um dadurch der herrschenden allgemeinen Ueberzeugung vielleicht dereinst noch näher gebracht werden, als die eigenen Urheber beabsichtigt und erwartet hatten.

Hierbei ist jedoch ein Punkt nicht zu übergehen. An dem Entwurf hängen zur Zeit wie ein Bleigewicht die beigegebenen Motive in fünf Bänden auf mehr denn viertausend großen, relativ eng bedruckten Seiten, mehr als das Zehnfache vom Volumen des Entwurfs selber. Dieselben sind nicht durchweg gleichmäßig, zum größeren Theile aber durchaus nicht ungeschickt ausgeführt: es ist anzunehmen daß die den Redaktoren vorgelegten Materialien getreulich benutzt worden sind; die Darlegung der Gedanken ist klar und meist folgerichtig, die Sprache gewöhnlich klar. Aber der Gedanke, Motive von gerade dieser Art und Weise zu veröffentlichen, gehört doch zu den schlimmsten Mißgriffen der Kommission. Schon die apologetische Haltung berührt nicht sympathisch, denn sie zeugt von einem gewissen Mißtrauen, das die Verfasser des Entwurfs ihrem eigenen Werke entgegentragen. Schlimmer noch ist die Anonymität: eine Vertheidigungsschrift, die Niemand vertreten will. Sehr richtig sagt Hölder, daß dieses Erläuterungsschrift, wenn die Kommission sich doch nicht selber zu ihr bekennen wollte,

> als Arbeit ihres individuellen Verfassers uns entgegentreten muß; erst dadurch erhält sie den in Wirklichkeit ihr zukommenden Werth und wird zugleich desjenigen scheinbaren Werthes entkleidet, welchen seit langer Zeit die sog. Gesetzesmotive zum Ruin jeder unbefangenen Gesetzesauslegung usurpiert haben.

Dazu kommt der Umfang und die Ordnung; auf viertausend Seiten sich zurecht zu finden ist immerhin keine leichte Aufgabe, und wie es im Corpus juris leges geminatae und leges fugitivae giebt, so fehlen auch hier die Wiederholungen nicht, und manche Bemerkung findet sich nicht gerade da, wo man sie zuerst sucht. Niemand kann die Motive ganz im Kopfe haben, und der gewissenhafte Praktiker hat auch nicht die Zeit zu eigener gründlicher Durchsicht in jedem Falle, wo er ihrer Hülfe bedarf. Also wird er, ebenso wie der juristische Handwerker, sich verwiesen sehen auf die Benutzung von Kommentaren der schlechtesten Art. Denn dazu sind diese Motive wie geschaffen, mit der Scheere und dem Kleistertopf in neue, besser über-

Digitized by Google

sichtliche Formen umgegossen zu werden, ohne irgend welche geistige Zuthat des Bearbeiters. Kann sein, daß die so verstutzten und umgeordneten Motive, schon der besseren Uebersicht und Faßlichkeit wegen, dem Gesetzbuch selber dereinst über den Kopf wachsen; nicht das erste Mal, daß der Kommentar mehr gegolten als das kommentirte Werk.

Aus der Welt zu schaffen sind diese „Motive" jetzt nicht mehr; wohl aber giebt es ein zuverlässiges Mittel, sie unschädlich zu machen: die Veröffentlichung der vollständigen Materialien der Kommission, wie diese schon jetzt gedruckt, aber dem Publikum unzugänglich existiren. Eine Maßregel, die auch aus anderen Gründen sich auf's Wärmste empfiehlt.

Die Kommission hat lange Jahre in voller Zurückgezogenheit gewirkt und damit sich fern erhalten von allen Störungen wie Förderungen, die von der Außenwelt her auf sie eindringen mochten; darüber ist nicht zu rechten. Aber nachdem sie ihr Werk fertig abgeschlossen, jetzt läßt sich auch wider die vollständige Veröffentlichung des bereits geformten und geordneten Materials nichts mehr vorbringen, als etwa der Betrag der Kosten, der bei einem so großen Unternehmen und den gegenwärtigen Finanzzuständen des Deutschen Reiches glücklicherweise unerheblich ist. Dagegen ist diese Publikation zu begehren erstlich, im allgemeinen Interesse, da das ganze Volk ein Interesse hat an der richtigen Würdigung des Entwurfs, dem sein Recht werden soll: denn diese Schätzung fordert Kenntniß von Allem was die Kommission gewußt und erwogen hat, nicht bloß von dem was den letzten Ausschlag gegeben. Sodann im Interesse der Kommission selber, deren dauerhafter und fruchtbringender Fleiß (denn die vorbereitenden Sammelarbeiten behalten ihren Werth, gleichviel was aus dem Entwurf selber noch werden mag) nur hierdurch zu beglaubigen ist. Endlich im Interesse des neuen Gesetzbuches, um es vor der Schmarotzerpflanze der oben erwähnten Lumpensammlungen zu schützen. Sind die rechten großen Materialien der Oeffentlichkeit übergeben, so verlieren die jetzt publizirten Motive nebst allem was aus ihnen handwerksmäßig und gedankenlos zusammengetragen wird, alle Bedeutung. Die neunzehn Folianten aber werden schon durch ihren Umfang der Excerpirungsroutine besser widerstehen, und nach Form und Inhalt die Herrichtung von Kommentaren ohne wissenschaftliche Arbeit kaum gestatten. Die Publikation der vollständigen Materialien in ihrer Originalgestalt erscheint nach alledem schlechthin unerläßlich.

Die Einführung des Gesetzbuches betrachten wir als nationalen Fortschritt von größter Bedeutung, unschätzbar und unersetzbar, zunächst wegen der negativen Folge, der Aufhebung der Rechtsviertheilung

Digitized by Google

in Deutschland. Ein Gewinn, unabhängig vom Inhalt des Gesetzes, der eintreten muß trotz allem was an diesem auszusetzen sein mag. Bleiben können noch partikuläre Bruchstücke, aber es verschwinden das gemeine, das preußische, französische, sächsische Recht als in sich abgeschlossene Systeme; fortab giebt es in Deutschland nur Ein Recht, Eine Lehre und Ausbildung der jungen Juristen, Eine Praxis, Eine Litteratur. Die Vortheile hieraus liegen zum einen Theil auf dem materiellen, zum andern auf dem geistigen Gebiete, und kommen ebenso der Gesammtheit wie dem Einzelnen zu gute. Das Recht ist nicht anders geartet als alle anderen Zweige des menschlichen Wissens und Könnens: je größer der Kreis derjenigen, die an der Arbeit und dann am Genuß der Früchte der Arbeit sich betheiligen, desto besser gedeiht das Werk. Wir Deutschen sind ein großes Volk, aber wir haben länger als Andere gebraucht, die Vorzüge zu erfassen, die uns damit geboten waren; jetzt, da wir sie mit Händen greifen, ihren Werth voll erkannt haben und dieser Kenntniß froh und stolz sind, dürfen wir auch in Beziehung auf's Recht nicht mehr an der alt überkommenen Klein- und Theilwirthschaft festhalten. Entspricht der Entwurf nicht ganz den Gedanken des neuen Deutschen Reichs, die Zerklüftung unseres Rechtes taugt demselben noch weniger.

Und weiter. Daß der zum Gesetz erhobene Entwurf überall nicht viel Lob und Preis finden werde, ist schon wiederholt zugestanden; doch zu den besten Eigenschaften des deutschen Volkes gehört die Fähigkeit, aus den eigenen Versehen und Mißgriffen zu lernen. So kann es nicht fehlen, daß ein handgreiflich schlechtes Gesetz zu dem wir gekommen, den Keim zur Besserung unserer Rechtszustände in sich trägt. Ich verkenne das Gewicht der Einwürfe nicht, die man geneigt sein möchte, der eben angeknüpften Gedankenreihe entgenzuhalten: Das ganze Volk sei doch kein gemeiner Körper, um daran mit Gesetzbüchern zu experimentiren, man könne ja auch aus dem verunglückten Entwurfsversuche genugsam lernen, und besser sei die erneute Ausgabe eines Entwurfs als die eines Gesetzes. Alles als Regel schön wahr und richtig, nur im vorliegenden Falle nicht ganz zutreffend. Es ist schon bemerkt daß, Publikation der großen Materialien vorausgesetzt, auch aus dem in Kleinigkeiten veränderten, mit gesetzlicher Kraft ausgestatteten Entwurfe ein immerhin für den Augenblick erträgliches Recht herauszulesen sein wird. Daß man aber bald darüber hinauszukommen trachten muß, das dürfte seinen Grund ebenso sehr in der Beschaffenheit des Gesetzbuchsinhalts, Mängeln des Aufbaues, der Sprache ꝛc. haben, wie in der äußeren Umgrenzungslinie. Auf die Dauer kann ein Gesetzbuch nicht befriedigen, das doch kein Gesetzbuch ist, mit der Prätension auftritt, das ganze Recht in

Digitized by Google

sich zu begreifen, und dann eher die größere Hälfte desselben nicht mitumfaßt. Noch bleibt den Landesgesetzgebungen viel zu viel überlassen, und ebenso wirkt die Masse der zahlreichen kleineren Reichsgesetze neben dem sog. Gesetzbuch beängstigend und bedrückend. Vornehmlich der sog. „Allgemeine Theil" befindet sich in einer auf die Dauer unhaltbaren Zwitterstellung: beschränkt er sich auf das abgesteckte Gebiet des bürgerlichen Gesetzbuchs, so kann er keine wirklich allgemeinen, allem Rechte gemeinsamen Regeln geben, bringt er wirklich allgemeine Regeln, so schießt er über den Rahmen dieses Gesetzbuches hinaus. Desgleichen wird das angebahnte Verhältniß zum halböffentlichen Rechte schwerlich auf die Dauer bestehen können; entweder die jetzt ausgeschlossenen Materien kommen früher oder später in das Gesetzbuch hinein, oder die Auseinanderlegung der beiden großen Massen, reines Privatrecht und halböffentliches Recht, gelangt zur Durchführung in einer bisher noch gänzlich unbekannten Art und Weise.

In allen diesen Beziehungen aber sind wirklich zuverlässige Besserungen herbeizuführen nur auf Grund gemachter Erfahrungen, und darum ist diesmal die Umarbeitung des Gesetzbuches einer Umarbeitung des Entwurfs vorzuziehen. Die Erfahrungen sind unersätzlich; am vorgelegten Entwurfe tadeln wir Alle vieles, der Eine das, der Andere jenes, aber genau, gleichsam zahlenmäßig zu berechnen, um wieviel die Nachtheile, die an die Einführung gerade dieses Entwurfs sich anknüpfen werden, hinausgehen über die Menge der Nachtheile die überhaupt der Einführung jedes neuen Gesetzbuches anhaften, dazu fehlt Jedem jeglicher Anhalt. Die Kommission hat die vorhandene Litteratur sorgfältig berücksichtigt, aber die dogmatischen Werke selber waren doch nur zum kleinsten Theile als Vorarbeiten für die Gesetzgebung geschaffen, galt doch ein näheres Eingehen auf die Fragen de lege ferenda häufig als Verstoß gegen die juristische Eleganz. An Kritiken des Entwurfs fehlt es jetzt freilich nicht, aber durch die Widersprüche der oft weit auseinandergehenden Urtheile sich hindurchzufinden, würde auch für eine neue Kommission keine leichte Aufgabe sein. Ganz anders, wenn ein Gesetzbuch Jahre und Jahrzehnte lang in praktischer Anwendung besteht; es kann nicht ausbleiben, daß die besten Kräfte der ganzen Nation dann zusammenarbeiten auf das große Ziel, gerechte Würdigung und gesunde Fortbildung des gemeinsamen Rechts. Mögen längere Zeiten vergehen, bis man sich anschicken wird das Gesammtresultat aus alledem in die Form eines neuen großen Gesetzeswerkes zu bringen, auch bis dahin schon haben und behalten wir als sicheren unzerstörbaren Erwerb, den festen Boden des geeinten deutschen Rechts.

Sollte aber, im Gegensatz zu diesen praktisch nüchternen Erwä-

Digitized by Google

gungen, die Abneigung wider Inhalt und Form des Entwurfs sich als übermächtig herausstellen, dann wäre eine kleine Abänderung auch des ursprünglichen Planes dringend zu wünschen. Das letzte Ziel, ein großes deutsches Gesetzbuch, auch ein viel größeres als das mit dem jetzigen Entwurf in Aussicht genommene, könnte unverändert bleiben; dahin steuern wir, aber unser Weg führt nun nicht mehr durch eine Reihe von Totalentwürfen, sondern von Partialgesetzen. Früher schon sind Vorschläge dieser Art von kompetentester Stelle aus gemacht, und neuerdings, nach der Publikation des Entwurfs, wiederholt worden. Einstweilen also sehen wir vom Gesetzbuch ab, und beschränken uns auf Einzelgesetze, ein Obligationenrecht, ein Grundbuchrecht nebst Grundbuchordnung, ein Erbrecht, Familiengüterrecht ꝛc. Nur natürlich kein Spezialgesetz, das bestimmt wäre den ganzen Inhalt des sog. Allgemeinen Theils in sich aufzunehmen. Von dem, was im allgemeinen Theile unseres Entwurfs steht, könnte nicht ganz wenig, wie oben schon angedeutet ist, wohl ganz ungesagt bleiben, einzelnes in andere Gesetze aufgenommen werden, z. B. Verträge und Verjährung ins Obligationenrecht, anderes gäbe den Stoff zu kleineren Spezialgesetzen, z. B. über das Verschollenheitsrecht, das Recht der Körperschaften, der Stiftungen; hinzukommen müßte ein Gesetz über die örtliche Geltung der Rechtsnormen, und vielleicht noch andere über andere der reichsgesetzlichen Regulirung bedürftige aber im vorliegenden Entwurf übergangene Materien. Für einige dieser Spezialgesetze könnten die entsprechenden Partien des Entwurfs, wie namentlich das Erbrecht desselben, als brauchbare Vorlagen verwerthet werden. Daß dieselben einer kräftigen Ueberarbeitung, zumal in Betreff der Sprache und Fassung, unterworfen werden müßten, braucht wohl kaum ausdrücklich hervorgehoben zu werden.

Die Vortheile, die dieser Vorschlag bietet, bestehen vor Allem in einer wesentlichen Erleichterung der Aufgabe; denn die Schwierigkeiten der Gesetzgebung wachsen mit dem Quadrat der Masse die zu bewältigen ist. Die höchsten Anforderungen an den inneren Aufbau, Festigkeit und konsequente Durchführung der Grundbegriffe, die an ein Gesetzbuch gestellt werden müssen, kommen bei den Einzelgesetzen in Wegfall; der beschränkte gleichartige Stoff ist rascher zu übersehen, die Abstraktion viel leichter, jede Abweichung besser zu kontroliren ꝛc. Dazu kommt, daß wir mit jedem angenommenen Spezialgesetz einen Schritt zur Rechtseinigung hin machen, langsam derselben näher rücken, ohne alle Gefahr, das gewonnene Terrain später wieder aufgeben zu müssen. So bleibt uns wenigstens die trostlose Aussicht erspart, mit aller aufgewandten Mühe vielleicht nichts zu erreichen, als die Erkenntniß daß so nicht weiterzukommen ist. Zudem würde sich

Digitized by Google

der Uebergang von der gegenwärtigen Rechtszersplitterung zur späteren Rechtseinheit auf diesem Wege bequemer und annehmlicher ausführen lassen. Dies letzte Argument aber dürfte keine allgemeine Billigung finden; denn allezeit werden bei nothwendigen schweren Operationen die Stimmen geteilt sein, und es werden die Einen vielen kleinen, die Anderen einem großen Schnitte den Vorzug geben.

Kehren wir zum Ausgangspunkt zurück. Die Rechtseinigung Deutschlands betrachten wir als politische Nothwendigkeit, als unentbehrliches Glied im Bau des Deutschen Reiches. Deutschland befindet sich noch im aufsteigenden Knoten, fünfundzwanzig Jahre einer fast beispiellos glücklichen Entwickelung liegen hinter uns, und viele Zeichen scheinen darauf zu weisen, daß wir auch noch weiter blühen und gedeihen, an Macht und Ansehen wachsen werden. Ließe sich mit Bestimmtheit erkennen, daß derselbe ruhige und ungestörte Fortschritt noch durch verschiedene Jahrzehnte andauern müsse, so würden wir auf die Entscheidung über den Entwurf nur wenig Gewicht zu legen haben, der eine wie der andere Weg müßten endlich sicher zum guten Ziel führen. Aber neben der gemeinen Schwäche menschlicher Voraussicht kommt in Betracht, daß gerade die Ruhe und Ungestörtheit unserer weiteren Entwickelung nichts weniger als wahrscheinlich ist; und hiernach müssen wir wünschen, möglichst viel von dem, das noch zu beschaffen ist, möglichst bald unter Dach zu sehen. Wie einst bei der Verfassungsarbeit mehr darauf ankam, schnell ein gutes als langsam ein vielleicht noch besseres Werk herzustellen, so ähnlich wieder jetzt: ist Deutschland erst im Sattel, so wird es auch reiten können. Die Annahme des Entwurfs schafft uns zweierlei, die fertige Rechtseinigung und den derben Anstoß zur Rechtsbesserung. Die Gelegenheit zu dieser wird die denkbar beste sein, und wir dürfen nicht fürchten, daß das große Werk auch dann noch über unsere Kräfte gehen werde:

non si male nunc et olim sic erit.

Das Volk der Träumer und Denker ist zum stärksten Kriegsvolk der Erde erzogen worden, und hat das Steuer der Weltpolitik mit fester Hand ergriffen. Die gleiche Art der Arbeit, zielbewußte Energie und zähe, selbst durch Fehlschläge nur härter zu stählende Ausdauer muß auch auf dem privatrechtlichen Gebiet zu gleichen Erfolgen führen, und gerade die Schwierigkeit der Aufgabe verbürgt uns das Gelingen.

Digitized by Google

Anmerkungen.

[1]) Viele Gesetze der Art sind von den römischen Kaisern erlassen und sowohl im Codex Theodosianus wie im Codex Justinianus zu finden. Aus neuester Zeit könnte an die Aktienrechtsnovelle vom Jahre 1884 erinnert werden.

[2]) Als Beispiel, daß nach Einführung der deutschen Wechselordnung noch lange darüber gestritten worden, ob die Ausdehnung der Wechselfähigkeit auf alle Vertragsfähigen politisch und weise gewesen, während die formellen Vorzüge des Gesetzes sehr bald allgemeine Anerkennung gefunden hatten.

[3]) So Brinz in der ersten Ausgabe der Pandekten; die zweite und dritte geben schon mehr von dem, was man auch „allgemeinen Theil" heißen könnte.

[4]) Windscheid setzt an die Stelle zwei Bücher: „I. von dem Rechte überhaupt", II. „Von den Rechten überhaupt". Böcking spricht von den „Voraussetzungen der Rechte"; aber gehören „Ausübung und Schutz" zu diesen Voraussetzungen?

[5]) Etwaigen Mißverständnissen gegenüber sei ausdrücklich bemerkt, daß die §§ 778—796 zweifellos nicht ausnahmslos (vgl. z. B. den auch an sich fragwürdigen § 786, sowie § 795 und § 796) in den „allgemeinen Theil" gehören, und daß unser Bedauern sich nur auf die Stücke beziehen kann, die dorthin gehören.

[6]) Vgl. über die einschlägigen Fragen und ihre praktische Bedeutung, insbesondere auch über die Unsicherheit des geltenden Rechts in Beziehung auf den Eigenthumserwerb am Gelde, Bekker, Pandekten I, § 75.

[7]) Bähr, Urtheile des Reichsgerichts mit Besprechungen Nr. XXI (S. 189 f.)

[8]) Hauser, in Goldschmidts Zeitschr. f. Hand.-R. XII. S. 47, unter Bezugnahme auf Bekker, Jahrb. d. gem. d. R. III S. 116 f. Dawider (wohl richtig), Degenkolb, Arch. f. d. civ. Praxis LXXI S. 17.

[9]) Vgl. Bekker, Pand. I, § 31, Beil. I.

Digitized by Google

[10]) Daß die Kommission von derselben Anschauung ausgeht, erkennen die Motive ausdrücklich an, vgl. u. a. die auf S. 26 abgedruckte Stelle.

[11]) Eine ausführlichere Nachweisung dieser Versehen des Entwurfs hoffe ich bald im zweiten Bande meiner Pandekten geben zu können.

[12]) Vgl. Windscheid Pand. (6. Aufl.) I § 14.

[13]) Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und des deutschen Rechts, in Schmollers Jahrb. f. Gesetzgeb., Verwalt. u. Volkswirthsch. N. F. XII. S. 875.

[14]) a. a. O. S. 872.

[15]) Wegen des resultirenden Sprachgebrauchs: „Zuwendungsgeschäft" = Rechtsgeschäft, der in sich enthält erstlich eine Zuwendung und zweitens die Erklärung des auf den zweiten Erfolg derselben Zuwendung gerichteten Willens (causa der Zuwendung). Sonst müßte die „Zuwendung" selber weiter zerlegt und für die in ihr steckende Uebertragung ein neuer Name gefunden werden.

[16]) Vgl. § 12 S. 68, zu § 5 und 6 des Entwurfs.

[17]) Eine vollständige Widerlegung der Gründe, die Windscheid für die Aufnahme der Schenkung in das Obligationenrecht anführt, muß ich mir für den zweiten Band meiner Pandekten vorbehalten.

[18]) Z. B. Zuwendung eines Vermögensstücks, über das dem Empfänger bis zu einem gewissen Termin die Disposition entzogen bleibt (Seuff. Arch. IX. 318); desgl. das nur zur Verpflegung des Empfängers bestimmt und für die Gläubiger unangreifbar sein soll (S. A. XV 139, vgl. XXX 43, XXXI 251; zweifelhaft III 86; dawider, nach preuß. R., Reichsgericht, Entsch. I 65, XIV 73); desgl. mit der Verpflichtung, den Besuch des Parks (oder der Sammlung) dem Publikum zu gestatten (Entsch. d. R.-G. XIV 54). Fast alle diese Entscheidungen beruhen auf einem zur Zeit noch durchaus unfertigen Rechte.

[19]) Die in den Motiven citirte Litteratur schneidet ab vor Exners anregender Schrift, „Der Begriff der höheren Gewalt (vis maior) im römischen und heutigen Verkehrsrecht". Wien 1883.

[20]) Vgl. z. B. Gierke, a. a. O. S. 857 f., besonders S. 858: „. . . ist die Sprache des Entwurfs nicht die Sprache, welche einem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch ziemt. Sie ist . . . ein abstraktes Juristendeutsch, mehr Uebersetzung als Urbild, unvolksthümlich und oft für den Laien vollkommen unverständlich; sie entbehrt der Kraft und Tiefe, der sinnlichen Anschaulichkeit und der überzeugenden Beredsamkeit, sie artet vielfach ins Doktrinäre Pedantische Verkünstelte und dann wieder ins Triviale Seichte Schleppende aus. Mit Bekümmerniß muß es gesagt werden, daß niemals noch ein großes Gesetzbuch so gänzlich den Ton der Volksgesetzgebung verfehlt hat."

[21]) Gierke, a. a. O. S. 897 faßt das Resultat vieler Detailprüfungen dahin zusammen: „Welches Gesetzbuch alter oder neuerer Zeit hätte dem Volke, zu dem es spricht, durch seine Fassung in so planmäßiger Weise die Thore zum Verständniß der Rechtsordnung verriegelt?"

Digitized by Google

[22]) Gierke in der schon wiederholt citirten Kritik.

[23]) Mein verstorbener Kollege Bluntschli erzählte gern von seiner Theilnahme an den Kommissionsberathungen zur Herstellung des schweizerischen Obligationen- und Handelsrechts: Germanen und Romanen hätten sich bestens vertragen und ergänzt, allgemein sei die sachliche Ueberlegenheit jener anerkannt, und so hätten viele Errungenschaften der deutschen Wissenschaft Aufnahme in den Entwurf gefunden, die dann aber noch zu formuliren gewesen seien, wobei die formale Ueberlegenheit der Romanen unzweifelhaft an den Tage getreten. So sei es gekommen, daß viele Artikel des Gesetzes erst französisch gefaßt, und darauf ins Deutsche übertragen worden. Daß diese Herstellungsart der Fassung des deutschen Textes besonders ersprießlich gewesen, läßt sich nicht behaupten.

[24]) Wie beispielsweise das „nemo plus iuris transferre potest quam habet ipse", das in der That nur eine Erklärung vom „transferre" ist.

[25]) „Parum est enim ut non subverti possit", fr. 202 de R. J. 50, 17.

[26]) Z. B. I, § 945 verweist auf II, 929 bis 944, von diesen u. a. 940 auf III, 1147, dieser auf IV, 803, 804, 829, 874 Abs. 3, 875 bis 877, 879, 880, von diesen wieder 823 auf V, auf 828, sowie auf 737 bis 748, 741 auf VI, 244; oder I, § 1239 verweist auf II, 1238, dieser auf III, 1564, 1566, 1567, der letzgenannte auf IV, 1562—1566, 1562 auf V, 1476—79, 1473 auf VI, 164, 166.

[27]) Gierke, a. a. O. S. 857: „Als das freilich unerreichbare Ideal scheint ihm die Erhebung des Rechtssatzes auf die Stufe der mathematischen Formel vorgeschwebt zu haben."

[28]) Derselbe ebenda S. 866.

[29]) Bähr, Krit. Vierteljahrschr. f. Gesetzg. u. Rechtswissensch. XXX. S. 327 nennt den Entwurf „den kleinen Windscheid".

[30]) a. a. O. S. 853.

[31]) Vgl. Ulpian im fr. 1 § 1 de iust. et i. 1, 1: „. . . ueram, nisi fallor. philosophiam non simulatam affectantes."

[32]) Hölder, Arch. f. d. civ. Prax. LXXIII S. 9 hält diese Auslegung für „sprachwidrig", indem er von dem „menschenähnlichen Affen" ausgeht.

[33]) „preisgeben werde" fordert mit Recht Hölder a. a. O. S. 33.

[34]) Kr.-Vschr. a. a. O. S. 321 f.

[35]) Geschrieben in den ersten Tagen des Septembers 1888.

[36]) Wenn auch so monströse Fassungen wie Entsch. des Reichsg. in Civ.-Sachen II 23, wo zwei Sätze den Raum von mehr als einer Druckseite (vgl. S. 86, 87) füllen, in neuerer Zeit selten geworden sind, so stehen doch die offiziellen Mittheilungen der reichsgerichtlichen Entscheidungen betreffs ihrer Fassung auf einer recht bescheidenen Stufe, und hinter dem Durchschnitt der Mittheilungen in den zwanzig ersten Bänden von Seuffert's Archiv erheblich zurück.

Digitized by Google

[37]) Zu ſolchen kleinen, d. h. leicht auszuführenden und gleichwohl die Annehmbarkeit des Entwurfs ſteigernden Aenderungen wären zu rechnen die Streichung der beiden erſten Paragraphen (Rechtsnormen), Entfernung der rein prozeſſualiſchen Beſtimmungen aus dem Verſchollenheitsrecht, Beſeitigung des „Kauf bricht Miethe", des Gebots alle Prädialſervituten eintragen zu laſſen. Aenderungen der Eheſcheidungsgründe und dergleichen mehr.

[38]) Vgl. § 6 a. E.

Druck von Leonhard Simion in Berlin.

Digitized by Google

Digitized by Google

Beiträge

zur Erläuterung und Beurtheilung

des Entwurfes

eines

Bürgerlichen Gesetzbuches

für das Deutsche Reich.

Unter Mitwirkung

von

Dr. F. **Bernhöft**, Professor in Rostock, Dr. K. **Cosack**, Professor in Berlin, Dr. E. **Eck**, Geh. Justizrath und Professor in Berlin, Dr. O. F. **Gierke**, Geh. Justizrath und Professor in Berlin, Dr. R. **Koch**, Vicepräsident des Reichsbankdirectoriums, Dr. J. **Krech**, Kaiserl. Geh. Regierungsrath in Berlin, Dr. F. E. **von Liszt**, Professor in Marburg, E. **Meischeider**, Reichsgerichtsrath, Dr. J. **Petersen**, Reichsgerichtsrath, Dr. R. **Schröder**, Geh. Hofrath und Professor in Heidelberg, Dr. L. **Seuffert**, Professor in Würzburg, F. **Vierhaus**, Oberlandesgerichtsrath in Cassel, Dr. E. **Zitelmann**, Professor in Bonn

herausgegeben

von

E. J. Bekker, Geheimrath und Professor in Heidelberg, und **O. Fischer**, Professor in Greifswald.

Drittes Heft:

E. Meischeider, Die alten Streitfragen.

Berlin und Leipzig.

Verlag von J. Guttentag

(D. Collin).

1889.

Digitized by Google

Die alten Streitfragen

gegenüber dem Entwurfe

eines

Bürgerlichen Gesetzbuches

für das Deutsche Reich.

Von

Emil Meischeider,

Reichsgerichtsrath.

Berlin und Leipzig.

Verlag von J. Guttentag

(D. Collin).

1889.

Digitized by Google

MAY 28 1910

Digitized by Google

Vorwort.

Einige der Streitfragen, mit denen es die vorliegende Schrift zu thun hat, sind so alt, wie das in Deutschland geltende bürgerliche Recht selbst. Sie sind mit dem römischen Rechte, wie es in Deutschland seit den Glossatoren in Geltung gekommen ist, aufgenommen worden und harren noch der Lösung. Andere sind in späterer Zeit entstanden, manche erst in neuerer und neuester Zeit aufgeworfen worden. Die Rechtswissenschaft hat sich mit der Lösung der Fragen viel beschäftigt. Einige der Fragen haben, weil eine befriedigende Lösung gefunden zu sein schien, kürzere und längere Zeit geruht. Der Streit über sie aber ist nach der Ruhe um so lebhafter entbrannt, je länger sie die Geister nicht beschäftigt haben. Einzelne sind durch die auf deutschem Boden geltenden Gesetzeswerke innerhalb des Geltungsbereichs der letzteren beigelegt, einzelne, erst in neuerer Zeit entstandene durch die Normen dieser Gesetzbücher gehindert worden, innerhalb des Geltungsbereiches derselben zur Entstehung zu gelangen.

Die meisten der Streitfragen bedürfen dringend der Lösung. Die Rechtswissenschaft hat die Lösung mit dem Erfolge allgemeiner Anerkennung nicht finden können. Der eine Versuch der Lösung wird stets von einem anderen in Frage gestellt. Eine Lösung aber müßte bei dem weitaus größten Theile der Fragen gefunden sein, wenn sie sich auf dem Boden des gegebenen Rechtes finden ließe. Es bleibt also, insoweit die Fragen durch die Wissenschaft und durch die bisherige Rechtsprechung zum Spruche vorbereitet sind, nur übrig,

Digitized by Google

daß die Gesetzgebung die Lösung übernimmt, wenn die Fragen überhaupt gelöst und der Wissenschaft nicht auch in Zukunft zum geistigen Kampfspiele überlassen werden sollen.

Der Entwurf hat einen großen Theil der Fragen entschieden. Der Verfasser dieser Schrift hat sich eines Angriffs gegen die vom Entwurfe getroffenen Entscheidungen in allen den Fällen enthalten, in denen die Frage zum Spruch vorbereitet erscheint und der Entwurf die eine oder die andere der aufgestellten Lösungen angenommen hat. Es kommt hier wesentlich darauf an, eine dieser Lösungen mit der Kraft des Gesetzes zu versehen und dadurch den Streit aus der Welt zu schaffen. In solchen Fällen hat in der Schrift nur eine Prüfung der Ausprägung des angenommenen Satzes und eine Erörterung der von dem letzteren abhängigen Normen stattgefunden. Der Entwurf will aber einige der alten Streitfragen in der Art lösen, daß die angenommenen Sätze sich nicht als das Ergebniß einer Auswahl unter den verschiedenen, von der Wissenschaft eingenommenen Gesichtspunkten, sondern als ein außerhalb des heutigen Standes der Wissenschaft und der Rechtsprechung gewonnenes Erzeugniß darstellen. In diesen Fällen ist in der Schrift eine Prüfung der aufgestellten Sätze auch darauf vorgenommen worden, ob die Sätze mit der bisherigen Rechtsentwickelung in Uebereinstimmung zu bringen und als zweckmäßiger Ausbau der von den Sätzen betroffenen Rechtseinrichtungen anzusehen sind.

Von selbst versteht sich, daß in der Schrift bei ihrem, dem Plane der „Beiträge" anzupassen gewesenen Umfange nur ein Theil der alten Streitfragen hat behandelt werden können. Es sind Fragen von allgemeiner Bedeutung und solche Rechtsstoffe ausgewählt worden, in denen die Streitfragen besonders zahlreich sind.

Der Standpunkt des Verfassers ist der des Praktikers. Die Sätze des Entwurfs sind vorzugsweise auf ihre Brauchbarkeit für die Rechtsfindung geprüft worden.

Außerhalb der Aufgabe der Schrift liegt eine Stellungnahme zu den Fragen, welche keine Streitfragen des geltenden Rechtes sind, bei denen es sich vielmehr um die Gewinnung der Grundgedanken für die Rechtseinrichtungen handelt, welche bisher, wie das eheliche Güterrecht und das Ehescheidungsrecht, in den verschiedenen Theilen

Digitized by Google

Deutschlands auf verschiedener Grundlage errichtet gewesen sind, oder bei denen anderweit die Nothwendigkeit gegeben ist, sich dafür zu entscheiden, ob gewisse Rechtseinrichtungen oder Rechtssätze, die bisher nur auf partikularrechtlichem Boden bestanden haben, wie der Satz, daß Kauf nicht Miethe und Pacht bricht, und die Rechtseinrichtung der Grundschuld, in das Gesetzbuch aufgenommen oder beseitigt werden sollen. Außerhalb der Aufgabe der Schrift liegt ferner die Besprechung der Frage, ob der Entwurf die Grenzen zwischen dem Gesetzbuche für das Reich und der Landesgesetzgebung nicht in der Art zu eng gezogen hat, daß der Landesgesetzgebung allzuviel überlassen worden ist.

Bei Darstellung der Streitfragen hat der Verfasser es für zweckmäßig gehalten, regelmäßig einen oder einige der Hauptvertreter der verschiedenen aufgestellten Ansichten zu nennen. Im Uebrigen sind Literaturangaben unterlassen.

Leipzig, im November 1888.

Digitized by Google

Inhalt.

Seite

I. Juristische Personen 1
§ 1. A. Begriff und Inhalt der juristischen Persönlichkeit . . . 1
§ 2. B. Körperschaften 5
§ 3. C. Stiftungen 10
II. Vertragschließung 11
§ 4. A. Vertragsangebot 11
§ 5. B. Annahmeerklärung 16
§ 6. C. Ergebniß 18
§ 7. D. Vertragschließung bei Willensmangel 19
§ 8. E. Vertragsrecht ohne Betheiligung am Vertragschlusse . . 25
§ 9. III. Bedingung 29
IV. Verschuldung 34
§ 10. A. Fahrlässigkeit. Grobe Fahrlässigkeit 34
§ 11. B. Sogenannter außerkontraktlicher Schaden 35
§ 12. C. Verschulden bei Vertragsunterhandlungen 38
§ 13. D. Verschulden einer bestehenden Haftung gegenüber . . . 41
§ 14. E. Unmöglichwerden der Leistung 44
§ 15. F. Haftung für fremde Verschuldung 49
§ 16. G. Haftung der Körperschaften und Stiftungen für Verschuldung ihrer Vorstände und Beamten 51
§ 17. V. Verzug des Schuldners 54
VI. Anspruchsverjährung 60
§ 18. A. Bezeichnung. — Anfangspunkt 60
§ 19. B. Hemmung und Unterbrechung der Verjährung 62
§ 20. C. Wirkung der Verjährung 69
§ 21. VII. Grundlose Bereicherung 70
VIII. Besitz und Inhabung 76
§ 22. Schutz der Inhabung 76
§ 23. Der Besitz als Eigenthumsposition 82
§ 24. Erwerb und Verlust des Besitzes 83
§ 25. IX. Ersitzung 89
Schlußwort 96

Digitized by Google

I. Juriſtiſche Perſonen.

§ 1. A. Begriff und Inhalt der juriſtiſchen Perſönlichkeit.

Der Begriff der juriſtiſchen Perſon iſt viel umſtritten. Manche Schriftſteller bezeichnen den hergebrachten Begriff als unrichtig und werthlos. Andere, die den Begriff ſelbſt nicht beſeitigen wollen, halten wenigſtens den Ausdruck für unglücklich gewählt und für unbrauchbar. Neuere Geſetze haben den Ausdruck vermieden. Auch die Civilprozeßordnung hat ihn nicht aufgenommen. Dieſe Vermeidung des Ausdrucks iſt wohl einerſeits aus der Erkenntniß ſeiner Entbehrlichkeit, andererſeits aus dem Beſtreben zu erklären, die Kreiſe nicht zu verwirren, welche die Rechtswiſſenſchaft um die Rechtsgeſtalten, die wir als juriſtiſche Perſonen zu bezeichnen gewöhnt ſind, behufs Beſeitigung alter und Gewinnung neuer Rechtsgedanken gezogen hat und noch zieht. Die durch die fraglichen Geſetze eingeführten Rechtsnormen geboten die Benutzung des Ausdrucks auch da nicht, wo von den Rechtsnormen die bisher unter der Bezeichnung „juriſtiſche Perſonen“ zuſammengefaßten Rechtskörper betroffen wurden.

Hervorgerufen iſt der Begriff der juriſtiſchen Perſon durch das Bedürfniß, für gewiſſe Vermögensrechte und Vermögenspflichten, die nicht an einen Menſchen als den natürlichen Träger von Rechten und Verbindlichkeiten ſich dergeſtalt anknüpfen laſſen, daß dieſer Menſch für ſich oder in Gemeinſchaft mit anderen Menſchen als Subjekt der Rechte und Verbindlichkeiten erſcheint, ein Rechtsſubjekt zu haben, das als Vermögensträger ſich darſtellt. Als juriſtiſche Perſon aber ſind wir jedes Rechtsſubjekt außer dem einzelnen Menſchen oder den einzelnen Menſchen, denen antheilsweiſe ein Recht zuſteht, zu bezeichnen gewöhnt. Der Kampf gegen dieſen hergebrachten Begriff hat ſeinen Ausgangspunkt von der Aufſtellung des Satzes aus genommen, daß Rechte und Verbindlichkeiten auch ohne Verknüpfung mit einem Subjekt beſtehen können und, wie das Rechtsverhältniß der res divini

Digitized by Google

iuris, der res publicae, quae in publico usu habentur, der ruhenden Erbschaft zeige, im römischen Rechte bestanden haben und noch bestehen. Damit gelangte man dahin, das Erforderniß eines Subjekts für das Bestehen eines Rechtes überhaupt zu beseitigen, neben dem Begriffe des Personenvermögens als des einem bestimmten Menschen oder mehreren Menschen antheilsweise gehörigen Vermögens den des Zweckvermögens aufzustellen und überall, wo die hergebrachte Lehre juristische Personen als Rechtssubjekte hinstellt, ein subjektloses Vermögen anzunehmen, welches, ohne durch Privatwillkür beherrscht zu sein, einem Zwecke diene und aus Rechten bestehe, welche den Rechten des Personenvermögens parallel laufen, aber ihrem Begriffe nach kein Subjekt verlangen. Bei dieser Auffassung ergab sich der Begriff der juristischen Person als werthlos, wie er denn auch von einigen Schriftstellern, wie von Brinz und Demelius, mit der ausgesprochensten Verachtung bei Seite geworfen wurde. — Auf der entgegengesetzten Seite befindet sich die Auffassung, nach welcher diejenigen Rechtsgebilde, welche nach deutschem Privatrecht Rechtssubjekte sind, also neben dem Staate und den Gemeinden insbesondere die Stiftungen und die Korporationen, als organische Wesen hingestellt werden und daher ihrer Natur nach Rechtssubjekte sein sollen (Beseler, Bluntschli). Zwischen beiden Endpunkten der Betrachtungs- und Behandlungsweise giebt es eine Reihe vermittelnder Auffassungen. Am nächsten der zuerst erwähnten Ansicht scheint die zu stehen, welche unter Aufrechthaltung des Satzes, daß der Mensch das einzig mögliche Rechtssubjekt sei, aber unter Verwerfung des Satzes von der Möglichkeit subjektloser Rechte auch für die Korporation und die Stiftung Menschen, nämlich die einzelnen Mitglieder und Betheiligten als Rechtssubjekte ansieht und das, was nach der hergebrachten Lehre als juristische Person bezeichnet wird, als eine Art von Figuranten, von künstlichem Mechanismus gelten lassen will, welcher hergestellt sei, um die einzelnen, als wirkliche Rechtssubjekte anzusehenden Menschen besser zum Genusse der ihnen gehörigen Rechte gelangen zu lassen (Ihering). Wieder von anderer Seite wird unter Bekämpfung des Satzes, daß es kein Recht ohne Subjekt geben könne, die juristische Person als Erzeugniß einer Gedankenoperation bezeichnet, die durch den der menschlichen Natur eigenen tiefen Zug zur Persönlichkeit angeregt sei, mit welchem man bei jenen subjektlosen Rechten und Verbindlichkeiten nach einem Träger gesucht und denselben in dem künstlich geschaffenen oder fingirten Rechtsgebilde gefunden habe (Windscheid). Der oben in zweiter Reihe dargelegten Auffassung nahe steht die Ansicht, welche auf der einen Seite mit Verwerfung des Satzes, daß es subjektlose Rechte gebe, auf der anderen mit der Annahme, daß die Fiktion keine

Digitized by Google

Wahrheit schaffen könne und nur praktischen Werth habe, den Begriff der juristischen Personen dahin bestimmt, daß dieselben unkörperliche Willen seien, die Stiftung der objektivirte Wille des Stifters, die Korporation der nach dem Prinzip der Einheit in der Vielheit entstandene Wille, der die Korporation als ein wirkliches, mit Willen begabtes Wesen erscheinen lasse (Zitelmann).

Nach den Motiven (I, 78) haben die Verfasser des Entwurfs für erforderlich erachtet, den Inhalt der juristischen Persönlichkeit in dem Gesetze festzustellen. Dagegen ist es für eine Aufgabe der Wissenschaft angesehen worden, den Begriff der juristischen Person, die als eine jedem nur einigermaßen entwickelten Rechte unentbehrliche Rechtsfigur bezeichnet wird, zu konstruiren und zu rechtfertigen. Wenn es hier heißt, der Begriff der juristischen Person sei jedem nur einigermaßen entwickelten Rechte unentbehrlich, so kann damit nur die Unentbehrlichkeit von Rechtsnormen gemeint sein, nach denen es möglich ist, Vermögen auch für andere Zwecke, als dazu, daß es der Privatwillkür eines einzelnen Menschen oder einer Mehrheit von Menschen antheilsweise diene, dauernd zu bestimmen. Denn es wird nicht behauptet werden können, daß eine positive Gesetzgebung, welche die oben dargelegten, von Brinz und Demelius entwickelten Rechtsgedanken als Rechtsnormen ausprägte, auf ein unentwickeltes Recht würde schließen lassen. Im Uebrigen wird, da im § 41 des Entwurfs die Fähigkeit von Personenvereinen und Stiftungen, als solche selbständig Vermögensrechte und Vermögenspflichten zu haben, als Inhalt der juristischen Persönlichkeit hingestellt wird, anzunehmen sein, daß die Verfasser des Entwurfs bei Aufstellung ihrer Normen weder von dem Satze, daß nur Menschen Rechtssubjekte sein können, noch von dem Satze, daß es subjektloses Vermögen, Zweckvermögen im Gegensatze zum Personenvermögen, gebe, ausgegangen sind, daß sie vielmehr diejenigen Rechtsgebilde, welche die ältere Rechtswissenschaft unter der Bezeichnung „juristische Personen" zusammengefaßt hat, als selbständige Rechtssubjekte aufgestellt haben und nun der Rechtswissenschaft überlassen wollen, wie sie das Vorhandensein solcher Rechtssubjekte rechtfertigen, das Wesen derselben konstruiren wolle. Es ist gewiß richtig, daß die Bestimmung des Begriffs der sogenannten juristischen Person in das Gesetzbuch nicht gehört. Aber man kann in der Reinhaltung des Gesetzbuchs von Dingen, die nicht in dasselbe gehören, noch weiter gehen. Es ist nämlich die Frage berechtigt, ob nicht auch der Ausdruck „juristische Person" und damit die Zusammenfassung dessen, was die Verfasser des Entwurfs als juristische Person gelten lassen wollen, unter den fraglichen Begriff aus dem Gesetzbuch wegbleiben könnte.

Mit der Aufnahme des jetzt bereits in dem größten Theile

Digitized by Google

Deutschlands, nämlich in den Geltungsbereichen des preußischen Landrechts und des französischen Gesetzbuchs, geltenden deutschrechtlichen Grundsatzes: „der Todte erbt den Lebendigen" wird vom Entwurf eine Art der sogenannten juristischen Personen, welche dem wissenschaftlichen Aufbau ganz besondere Schwierigkeiten bereitet hat, nämlich die ruhende Erbschaft, gänzlich beseitigt. Noch anderen Arten sogenannter juristischer Personen, welche in den Lehrbüchern besprochen werden und in die Rechtsprechung Eingang gefunden haben, hat der Entwurf die Aufnahme versagt. Derselbe erkennt nur Personenvereine und Stiftungen als juristische Personen an. Damit wird dem Begriff der „Anstalt" für unseren Rechtskreis die selbständige Bedeutung entzogen, die ihm von manchen Schriftstellern gegeben ist, und in der er im Gegensatze einerseits zu den Körperschaften, andererseits zu den Stiftungen steht und den Fiskus, Universitäten, Gymnasien, andere Schulen, Kirchen, Seminarien und ähnliche Organisationen zu umfassen bestimmt ist. Auch können nach dem Entwurfe Aemter, geistliche und weltliche, auf welche der Begriff der juristischen Person ebenfalls ausgedehnt worden ist, als selbständige Rechtssubjekte nicht mehr in Betracht kommen. Damit wird nicht ausgeschlossen, daß Vermögensstücke die dauernde Bestimmung erhalten können, zum Besten der auf einander folgenden Inhaber des Amtes, sei es im Interesse der Amtsführung, sei es im persönlichen Interesse der Amtsinhaber, zu dienen. Dies hätte aber nach dem Entwurfe in der Art zu geschehen, daß eine Stiftung der Rechtsträger würde, oder daß die gleichzeitig vorhandenen mehreren Beamten des Amtes oder der Behörde sich zu einer Körperschaft zusammenschlössen. Dadurch, daß der Begriff der Anstalt für die Grenzbestimmung des Bereichs der sogenannten juristischen Person außer Betracht kommt, und nur Körperschaften und Stiftungen übrig bleiben, tritt ferner die Nothwendigkeit ein, den Fiskus als Körperschaft zu behandeln, Kirchenvermögen als Vermögen der Kirchengemeinde, Schulvermögen als Vermögen der Schulgemeinde anzusehen und überall da, wo Vermögen zum Besten von Anstalten der angegebenen Art dauernd bestimmt wird, entweder die Körperschaft, von welcher die Gründung der Anstalt ausgeht, und der die Erhaltung der Anstalt im Wesentlichen obliegt, der auch die Anstalt zu dienen bestimmt ist, oder eine Stiftung als das Rechtssubjekt gelten zu lassen, oder, wenn weder der eine noch der andere Aufbau sich als möglich erweist, der in Frage stehenden Zweckbestimmung des Vermögens die rechtliche Wirksamkeit überhaupt zu versagen.

Es ergiebt sich hieraus, daß der Entwurf in mehrfacher Hinsicht Schritte gethan hat, um den Streit über die Bedeutung oder die Bedeutungslosigkeit des hergebrachten Begriffes der sogenannten juristischen

Digitized by Google

Person der Entscheidung näher zu bringen und ihm in Richtungen Bahnen zu weisen, wo die Wissenschaft ihn zum Austrage zu bringen suchen mag. Wir haben nach dem Entwurfe kein subjektloses Vermögen mehr. Die Rechtsfähigkeit ist nicht auf den Menschen beschränkt. Rechtssubjekte können außer dem Menschen aber nur Körperschaften und Stiftungen sein. Ist dieser Standpunkt erreicht, so liegt kein innerer Grund vor, im Gesetzbuche Körperschaften und Stiftungen vermöge des Umstandes, daß ihnen die Fähigkeit, Vermögenssubjekt zu sein, beizulegen ist, unter einen gemeinsamen Begriff zu bringen und mit einem gemeinsamen Namen zu bezeichnen. Das Gesetzbuch darf sich damit begnügen, Rechtsnormen für Körperschaften und für Stiftungen aufzustellen. Diese Rechtsnormen werden für beiderlei Rechtsgebilde zum Theil gemeinschaftliche sein können. Aber von einem Bedürfnisse, im Gesetzbuche auf den Umstand, daß beiderlei Rechtsgebilde die Fähigkeit, Vermögenssubjekte zu sein, und eine Reihe einzelner Rechtsnormen mit einander gemein haben, die Rücksicht zu nehmen, daß jener Ausdruck Mangels eines anderen, besseren Ausdrucks aufrecht erhalten werde, kann nicht wohl die Rede sein. Von dem Gebrauche jener Bezeichnung im Gesetzbuche werden vielmehr Nachtheile zu erwarten sein. Ein Gesetzbuch, welches mehr thut, als Rechtsnormen aufstellen, kann der weiteren Rechtsentwickelung Hemmnisse bereiten. Der fragliche Ausdruck ist von der Wissenschaft erfunden. Ob er beibehalten oder durch einen anderen ersetzt werden soll, oder ob es angezeigt sein wird, ihn ohne Ersatz durch einen anderen abzuwerfen, ist wieder von der Wissenschaft zu entscheiden, nicht vom Gesetzbuche. Wird er vom Gesetzbuch aufrecht erhalten, so behält ihn die Rechtsprechung ebenso gewiß bei, wie manche von der Wissenschaft längst abgeworfene Bezeichnungen — es darf auf die Abtretung einer Forderung zu Eigenthum hingewiesen werden — in den Urtheilen preußischer Gerichtshöfe sich noch immer vorfinden. Die Rechtswissenschaft wird sich zwar, wenn das Gesetzbuch den Ausdruck beibehält, an ihn nicht stoßen. Sie muß sich aber immerhin mit ihm abfinden, auch wenn sie dahin gelangt, ihm nur die Bedeutung eines nutzlosen Ueberbleibsels aus einem wissenschaftlich überwundenen Stande der Rechtsentwickelung einzuräumen.

§ 2. B. Körperschaften.

Der Entwurf beschränkt sich darauf, gewisse allgemeine Grundsätze über Verfassung, Vertretung, Haftung, Verwaltung, Ueberschuldung, Endigung der Körperschaften aufzustellen (§§ 43 bis 57). Nicht entschieden werden die Fragen, wie ein Personenverein als Körperschaft

Digitized by Google

die Fähigkeit, selbständiges Vermögenssubjekt zu sein, erwirbt und verliert. Der Entwurf verweist betreffs dieser Fragen auf die Landesgesetze, soweit nicht besondere reichsgesetzliche Bestimmungen gegeben seien (§ 42). Auch läßt er die Verfassungen der auf Reichsgesetz oder Landesgesetz beruhenden Körperschaften unverändert fortbestehen (§ 43). Eine Verweisung auf landesgesetzliche Bestimmungen ist im Entwurf ferner insofern enthalten, als das Vermögen einer erloschenen Körperschaft an denjenigen fällt, welcher in der Verfassung und, sofern weder diese, noch ein Reichsgesetz eine Anordnung enthält, in den Landesgesetzen des Ortes, an welchem die Körperschaft ihren Sitz hatte, als der Anfallsberechtigte bestimmt ist (§ 49 Abs. 1). Unberührt bleiben sollen endlich die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen dem Fiskus juristische Persönlichkeit zusteht (§ 63).

Von den Bestimmungen des Entwurfs sind die im § 48 enthaltenen, auf die inneren Angelegenheiten der Körperschaft, den Willen der Mitglieder, der in den Angelegenheiten der Körperschaft maßgebend sein soll, und die Art der Feststellung dieses Willens bezüglichen als Aushilfsbestimmungen aufzufassen, welche nur insoweit Anwendung finden sollen, als nicht die Verfassung der Körperschaft andere Festsetzungen enthält (§ 48 Abs. 6). Angenommen ist der Grundsatz, daß bei einer Beschlußfassung in der Versammlung der Körperschaft die Mehrheit der in der Versammlung erschienenen Mitglieder entscheidet, und daß zur Gültigkeit des Beschlusses die Bezeichnung des Gegenstandes desselben bei Einberufung der Mitglieder zur Versammlung erforderlich ist (§ 48 Abs. 1, 2). Doch ist auch Beschlußfassung außerhalb einer Versammlung der Mitglieder zulässig. Es wird dabei anscheinend an eine Beschlußfassung mittels Umlaufs gedacht. Ein so zu fassender Beschluß erfordert aber die Zustimmung aller Mitglieder (§ 48 Abs. 3). Ein Beschluß, durch welchen die Verfassung abgeändert wird, bedarf immer der Zustimmung aller Mitglieder (§ 48 Abs. 5).

Als zur Verfassung gehörig ist auch die Stellung der Körperschaft zu den Sonderrechten einzelner Mitglieder und die Frage aufzufassen, ob und unter welchen Voraussetzungen dergleichen Sonderrechte durch Beschlüsse der Körperschaft aufgehoben oder abgeändert werden können. Der Entwurf hat über die Frage nichts bestimmt und auch nichts bestimmen wollen. Letzteres ergiebt sich aus den Motiven (I, 109). Dieselben bezeichnen den allgemeinen Grundsatz, daß Sonderrechte der Mitglieder durch Mehrheitsbeschlüsse nicht beeinträchtigt werden können, als gesetzgeberisch unverwerthbar, und sie führen aus, von der Gesetzgebung könne den Sonderrechten nur in der Weise näher getreten werden, daß in den Gesetzen, welche mit der Regelung bestimmt gearteter Körperschaften sich befassen, durch erläuternde oder positive

Digitized by Google

Bestimmungen in Ansehung einzelner Punkte die Herrschaft des Mehrheitsprinzips ausdrücklich festgestellt oder umgekehrt die eine oder andere Zuständigkeit als dem Mehrheitsprinzip entzogen bezeichnet werde. Im Uebrigen müsse die Lösung der Frage, wie weit die Einzelrechte reichen, der Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen werden. Soweit die Regel Platz greife, daß das Statut nur mit Zustimmung sämmtlicher Mitglieder geändert werden könne, seien auf dem Statute beruhende Einzelrechte vor Eingriffen der Mehrheit schon durch diese Regel geschützt.

Diesen Erwägungen stehen Bedenken entgegen. Die betonte Unverwerthbarkeit des angegebenen Grundsatzes ist in dem Sinne zu verstehen, daß der Begriff der Sonderrechte in einem Rechtssatze, der für die verschiedenen Arten der Körperschaften Geltung zu haben und den in Betracht kommenden Rechtsverhältnissen gerecht zu werden hätte, sehr schwer oder überhaupt nicht bestimmt werden könne. Dieser Grund der Nichtberücksichtigung des althergebrachten Begriffs der Sonderrechte wird schon an sich angezweifelt werden dürfen (R.G.Entsch. 11, 271). Er verträgt sich aber auch nicht mit dem Satze der Motive, daß — abgesehen von den für besondere Körperschaften erforderlichen besonderen Bestimmungen — die Lösung der Frage, wie weit die Einzelrechte reichen, der Wissenschaft und der Rechtsprechung zu überlassen sei. Denn um die Frage der Grenzbestimmung zwischen jenen Sonderrechten und dem in den Mehrheitsbeschlüssen zu Tage tretenden rechtlichen Willen der Körperschaft überhaupt praktisch zu machen, bedarf es doch immer einer Norm, welche die Sonderrechte der Möglichkeit einer Aenderung oder Aufhebung durch Mehrheitsbeschlüsse entzieht. Mit dem Hinweise darauf, daß die auf der Verfassung beruhenden Sonderrechte schon durch die Bestimmung geschützt sind, nach welcher Verfassungsänderungen nur mit Einstimmigkeit beschlossen werden können, läßt sich dem Bedürfniß nicht ausreichend beikommen. Denn die Bestimmung des Entwurfes, daß zur Gültigkeit eines Beschlusses, durch welchen die Verfassung abgeändert wird, die Zustimmung aller Mitglieder erforderlich ist, findet nur in so weit Anwendung, als nicht die Verfassung der Körperschaft ein Anderes bestimmt. Ergibt also die Verfassung selbst die Möglichkeit einer Verfassungsänderung, die nicht auf dem einstimmigen Willen aller Mitglieder der Körperschaft beruht, und bestimmt die Verfassung selbst nichts über die Möglichkeit der Aufhebung von Sonderrechten, so würden nach dem Entwurfe die Sonderrechte auch beim Widerspruche der Berechtigten unter denselben Voraussetzungen aufgehoben oder abgeändert werden können, unter denen die Verfassung geändert werden kann. Die Frage hat praktische Bedeutung für gewisse Beamten-Pensionskassenvereine, deren Statut von einer bestimmten Behörde ohne

Digitized by Google

Widerspruch der Mitglieder geändert werden kann. Hier hat die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen mit der Aenderungsmöglichkeit der Verfassung seitens der Behörde auch die Befugniß gegeben ist, Sonderrechte einzelner Mitglieder beim Widerspruche der letzteren aufzuheben oder einzuschränken, zu Zweifeln und Rechtsstreitigkeiten Veranlassung gegeben.

Zu allgemeiner, ausnahmsloser Geltung bestimmt sind die Sätze des Entwurfes, welche sich auf die Vertretung der Körperschaften und die Haftung der letzteren für den Ersatz des Schadens beziehen, den ein Vertreter durch eine in Ausübung der Vertretungsmacht begangene widerrechtliche, zum Schadensersatze verpflichtende Handlung einem Dritten zugefügt hat (§§ 44 bis 46).

Nach § 44 Abs. 1 muß für jede Körperschaft ein Vorstand bestellt werden. Und dieser Vorstand ist der gesetzliche Vertreter der Körperschaft sowohl gegenüber Dritten, als auch gegenüber den Mitgliedern der Körperschaft. Nach den Motiven (I, 95) ist es die Absicht, mit dem § 44 an jede Körperschaft die Anforderung zu richten, einen gesetzlichen Vertreter zu bestellen, soweit nicht etwa durch das Gesetz eine anderweite Bestellung vorgesehen sei. Werde die Vorschrift nicht befolgt, — heißt es in den Motiven weiter — so mangele der Körperschaft die Möglichkeit, in rechtsgeschäftlichen Verkehr zu treten. Bemerkt wird dabei, daß, wenn zur Zeit in einzelnen Rechtsgebieten gewisse, mit juristischer Persönlichkeit ausgestattete Verbände bestehen, welche universitates inordinatae in dem Sinne seien, daß sie keinen verfassungsmäßigen Vorstand haben (Real-, Altgemeinden u. s. w.), die Erwartung nicht unberechtigt sei, daß es auch diesen Körperschaften gelingen werde, künftig für die Bestellung eines Vorstandes zu sorgen. Die Bestimmung des Entwurfes hat indeß eine sehr viel größere Tragweite, als die Motive anzunehmen scheinen. Sie trifft die meisten Landgemeinden in den sieben östlichen preußischen Provinzen. Diese Körperschaften haben verfassungsmäßig einen Gemeindevorsteher, der aber als solcher nicht die Macht hat, die Gemeinde nach außen zu vertreten. Ihre gesetzliche Vertreterin ist regelmäßig die Gemeindeversammlung. Zur Bestellung eines anderen Vertreters bedarf es eines Beschlusses der Gemeindeversammlung. Es ist nicht zweifelhaft, daß die Fortdauer dieses Rechtszustandes sich mit dem § 44 nicht vertragen würde. Zweifelhaft kann es aber sein, ob mit der Bestimmung des § 44, wenn dieselbe in das Gesetzbuch übergeht, die Rechtsstellung der bisherigen Gemeindevorsteher sich von selbst dahin erweitert, daß dem Gemeindevorsteher nunmehr kraft Gesetzes die Vertretungsmacht gegeben ist, oder was sonst zu geschehen hat, um dem § 44 zu entsprechen. Die Reichsgesetzgebung wird mit der Frage nichts zu thun

Digitized by Google

haben. Es wäre Sache der Landesgesetzgebung, Bestimmung zu treffen, wenn ein Bedürfniß dazu als vorliegend schon jetzt anzusehen sein möchte oder das Vorhandensein eines solchen demnächst durch die Rechtsprechung sich ergäbe.

Der die Haftung der Körperschaften für ihre Vertreter regelnde § 46 soll eine große Streitfrage zum Austrage bringen. Die Motive (I, 102 ff.) besagen, daß die Vorschrift für alle Körperschaften, auch die öffentlich-rechtlichen, Geltung haben solle, da kein Grund vorliege, die Vertreter des Staates und der Gemeinden, soweit sie in Ausübung privatrechtlicher Vertretungsmacht handeln, anderen Grundsätzen zu unterstellen, als die Vertreter sonstiger Körperschaften. Die Vorschrift soll darnach eine Haftung auch des Staates als einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft für seine Vertreter aussprechen. Des Staates ist in den auf juristische Personen bezüglichen Bestimmungen des Entwurfes nicht weiter erwähnt. Nur im § 63 findet sich ein Satz, der auffallend erscheinen muß. Derselbe besagt, daß die landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen dem Fiskus juristische Persönlichkeit zusteht, unberührt bleiben sollen. Die Bestimmung weist ihrem Wortlaute nach darauf hin, daß mit ihr der Auffassung habe vorgebeugt werden sollen, als wolle der Entwurf die sogenannte juristische Persönlichkeit des Fiskus beseitigen, den Fiskus nicht weiter als Subjekt von Rechten gelten lassen. Der naheliegende Zweifel, ob dies in Wahrheit mit jener Bestimmung beabsichtigt sein könne, wird durch die Motive beseitigt. Nach denselben (I, 124 f.) ist als Grund der Aufnahme des Satzes in den Entwurf die Erwägung anzusehen, daß die Frage streitig sei, ob der Fiskus zu den Körperschaften oder zu den Stiftungen gehöre oder als eine juristische Person eigener Art, die sich weder als Körperschaft noch als Stiftung betrachten lasse, anzusehen sei, und daß auf Grund der letzteren Meinung der Fortbestand der landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen dem Fiskus juristische Persönlichkeit zustehe, in Zweifel gezogen werden könne. Einem solchen Zweifel will der fragliche Satz vorbeugen. — Hierzu möchte Folgendes zu bemerken sein:

Daß der Fiskus eine Stiftung sei, ist wohl kaum je behauptet worden. Unter den Begriff einer Anstalt hat man ihn wohl gebracht und ihn mit anderen Anstalten als eine besondere Art der sogenannten juristischen Personen hingestellt. Daß aber von diesem letzteren Gesichtspunkte aus in Ermangelung von Bestimmungen des Entwurfes, welche die Rechtsstellung des Fiskus regeln, und in Ermangelung des auf die Landesgesetze verweisenden § 63 der Gedanke an ein Außerkrafttreten der landesgesetzlichen Vorschriften, nach welchen dem Fiskus die sogenannte juristische Persönlichkeit zusteht, hätte aufkommen können,

Digitized by Google

ist schwer faßbar. Man würde sich ohne die Bestimmung des § 63 dafür entschieden haben, den Staat nach alter Auffassung als Körperschaft, den Fiskus als diese Körperschaft in vermögensrechtlicher Beziehung anzusehen.

Zu Bedenken gibt aber der Satz des § 63 noch in anderer Richtung Veranlassung. Die im § 46 enthaltene, die Haftung der Körperschaften für ihre Vertreter regelnde Bestimmung soll sich nach den Motiven, wie bereits erwähnt worden, auch auf den Staat, also den Fiskus, beziehen. Es liegt ihr mithin die Auffassung zu Grunde, daß der Staat eine Körperschaft sei, und daß die auf Körperschaften bezüglichen Bestimmungen des Entwurfes auf Staat und Fiskus Anwendung finden. Diese Auffassung wird dadurch in Frage gestellt, daß der § 63 — ebenfalls nach den Motiven — dem Rechtsgedanken seine Entstehung verdankt, daß der Fiskus nicht unter den Begriff der Körperschaft zu bringen sei. Als Folge dieses Rechtsgedankens würde sich die Unanwendbarkeit des § 46 auf den Staat und dessen Vertreter, also, wenn die Norm des § 46 auch vom Staate gelten soll, die Nothwendigkeit einer dies aussprechenden Bestimmung ergeben. — Die Begründung der Sätze des Entwurfes entbehrt hiernach der gedankenmäßigen Einheitlichkeit. Es ist dies ein Mangel, der das Verständniß der Sätze selbst in Frage stellen muß.

Auf weitere, durch die Fassung des § 46 hervorgerufene Bedenken soll an einem anderen Orte noch zurückgekommen werden (zu vgl. unten § 16).

§ 3. C. Stiftungen.

Die alte Streitfrage, ob die Errichtung einer Stiftung der staatlichen Genehmigung bedürfe, hat der Entwurf rechtsgrundsätzlich im Sinne der Ansicht entschieden, nach welcher die Errichtung dadurch allein erfolgt, daß Vermögen für den Zweck, dem die Stiftung dienen soll, bestimmt wird. Geschieht die Errichtung der Stiftung durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, so ist gerichtliche oder notarielle Form für die Willenserklärung erforderlich, während die Errichtung durch eine Verfügung von Todes wegen den für dergleichen Verfügungen gegebenen Formvorschriften unterliegt (§§ 58, 59). Der Entwurf läßt aber die landesgesetzlichen Bestimmungen, nach welchen die Errichtung einer Stiftung von anderen Erfordernissen, insbesondere der staatlichen Genehmigung abhängt, unberührt (§ 62). Die Gebundenheit des Stifters, welche, wenn zur Errichtung der Stiftung nur die in der vorgeschriebenen Form abgegebene Erklärung des Stifters erfordert wird, folgerecht mit der Abgabe der Erklärung eintritt, beginnt

Digitized by Google

nach dem Entwurfe, wenn nach den landesgesetzlichen Bestimmungen staatliche Genehmigung erforderlich ist, schon in dem Zeitpunkte, in welchem der Stifter die staatliche Genehmigung nachsucht (§ 62 Absatz 2). Die letztere Bestimmung beruht auf dem gleichen Rechtsgedanken, wie die vom Entwurfe angenommene Gebundenheit dessen, der einem Anderen ein Vertragsangebot macht (vgl. unten § 4). Man wird, diesem Rechtsgedanken folgend, anzunehmen haben, daß die Bitte um Ertheilung der staatlichen Genehmigung unter der Voraussetzung wirksam zurückgezogen werden kann, daß die Erklärung der Zurücknahme bei der Behörde, die um Ertheilung der Genehmigung ersucht worden ist, nicht später eingeht, als die Bitte um die Ertheilung (§ 74 Abs. 4). Erfolgt die Errichtung durch letztwillige Verordnung, so soll, wenn nach den Landesgesetzen staatliche Genehmigung zur Errichtung erforderlich ist, die Genehmigung, sofern sie ertheilt wird, als schon vor dem Erbanfalle ertheilt angesehen werden (§ 62 Abs. 3). Mit diesem Satze begegnet der Entwurf der in der Rechtsprechung bereits mehrfach (Städel'sche Stiftung in Frankfurt a. M., Blum'sche Stiftung in Hildesheim, Fränkel'sche Stiftung in Breslau) hervorgetretenen Schwierigkeit, welche darin besteht, daß im Interesse der Aufrechthaltung des Willens des Stifters ein Vermögenserwerb durch ein zur Zeit des Vermögensanfalls noch nicht vorhandenes Rechtssubjekt angenommen wird. Bisher fand man sich mit der fraglichen Schwierigkeit regelmäßig in der Art ab, daß auch im Falle des gesetzlichen Erfordernisses staatlicher Genehmigung der Stiftung nicht die staatliche Genehmigung, sondern die Willenserklärung des Stifters als der das neue Rechtssubjekt schaffende Akt angesehen und der staatlichen Genehmigung nur die Bedeutung einer Zulassung des neuen Rechtssubjekts zum Rechtsverkehr, einer staatlichen Anerkennung desselben eingeräumt wurde. Man wird die Bestimmung des § 62 Abs. 3 zwar als ein mechanisches Auskunftsmittel bezeichnen dürfen, ihr aber den Vorzug der Handlichkeit für die Rechtsprechung nicht versagen können.

II. Vertragschließung.

§ 4. A. Vertragsangebot.

Bei einem unter Gegenwärtigen stattfindenden Vertragschlusse beantwortet sich die Frage, in welchem Zeitpunkte der aus Vertragsangebot und Annahme sich zusammensetzende Vertragschluß vollzieht, von selbst dahin, daß in dem Zeitpunkte der erzielten und zur gegenseitigen Aeußerung gelangten Willensübereinstimmung der Vertrag zu

Digitized by Google

fern Raum, als der Entwurf des im Eingange des § 85 gebrauchten Ausdrucks „Annahmefrist“ bis dahin immer im Sinne einer von dem Anbietenden gestellten Frist sich bedient.

Die besprochenen Rechtsnormen beziehen sich auf die Fälle, in denen nach dem erklärten Willen des Antragenden oder nach der Natur des beabsichtigten Vertrages eine Erklärung der Annahme zum Zustandekommen des Vertrages für erforderlich angesehen werden muß. Der Entwurf trifft daneben auch für die Fälle Bestimmung, in welchen der Anbietende eine besondere Annahmeerklärung nicht verlangt, eine solche auch nach der Natur des Vertragsangebotes nicht für erforderlich anzusehen ist (§ 86). Hierher gehören regelmäßig die im täglichen Verkehr vorkommenden Fälle der zu eigenem Bedarf gemachten Bestellung von Waaren oder Arbeitserzeugnissen bei Kleinhändlern und Handwerkern. In diesen Fällen wird nach der Verkehrssitte eine besondere Annahmeerklärung dessen, bei dem die Bestellung gemacht wird, nicht erwartet, während im großen Verkehr, auch im großen Handelsverkehr, das Erforderniß einer besonderen Annahmeerklärung die Regel bildet. Es fragt sich aber, ob der § 86 dem gesetzgeberischen Bedürfnisse Genüge leistet. Nach seinem Wortlaute würde er in den häufigen Fällen, in denen Kleinhändler ihre Waaren brieflich mit der Erklärung anbieten, daß die Annahme des Vertragsangebotes von ihnen erwartet und die Absendung der Waare, sofern ihnen nicht eine entgegengesetzte Willenserklärung zugehe, alsbald von ihnen werde vorgenommen werden, zu Gunsten der Absender der Vertragsangebote angewendet werden können. In solchen Fällen gestatten die Absender immer die stillschweigende Annahme und erklären auch regelmäßig, daß sie die Annahme erwarten. Den Worten des § 86 wird also genügt. Der Verkehrssitte würde es aber nicht entsprechen, dem Empfänger eines solchen Angebots, welcher dasselbe nicht annehmen will, den Zwang zur ablehnenden Beantwortung aufzulegen, der überdies dahin führen würde, daß der Absender der Antwort die Gefahr der Ankunft seiner Erklärung bei dem Absender des Angebotes zu tragen hat. Ich halte es nicht für zweifelhaft, daß die Verfasser des Entwurfs dem § 86 diese Bedeutung nicht geben wollen. Aber daß die Fassung des § 86 zu Mißverständnissen führen kann, wird nicht zu bestreiten sein.

Auf der anderen Seite kann die Frage aufgeworfen werden, ob die Fälle, für welche der § 86, wie ich annehme, bestimmt ist, die Fälle also, in denen weder der Wille des Anbietenden, noch die Natur des beabsichtigten Vertrages, noch die Verkehrssitte eine besondere Annahmeerklärung erforderlich machen, der ausführlichen Behandlung, die ihnen im Entwurf zu Theil geworden ist, überhaupt bedürfen. Folgt

Digitized by Google

aus dem Inhalte des Vertragsangebotes oder aus dem Wesen des beabsichtigten Vertrages, daß der Anbietende eine Annahmeerklärung nicht erwartet, erscheint eine solche auch nach der Verkehrssitte zum Zustandekommen des Vertrages nicht erforderlich, so wird sich der Natur der Sache nach aus dem Inhalte des Vertragsangebotes und dem Wesen des Vertrages von selbst ergeben, wie lange der Anbietende gebunden ist, ohne daß es weiterer Rechtsnormen, wie sie vom Entwurf in der fraglichen Richtung aufgestellt werden, bedarf. Diese Bestimmungen werden zwar nicht als unrichtig bezeichnet werden dürfen. Aber sie verstehen sich von dem im Entwurf eingenommenen Gesichtspunkte der bindenden Kraft des Vertragsangebotes von selbst, wie denn die im § 68 vorgesehenen Fälle regelmäßig solche sind, welche der Rechtsfindung von jeher die geringsten Schwierigkeiten gemacht haben. Dem praktischen Bedürfnisse würde Genüge geschehen, wenn der Entwurf ausspräche, daß die Abschließung eines Vertrages durch stillschweigende Annahme des Vertragsangebotes geschehen könne, sofern der Anbietende eine besondere Annahmeerklärung nicht erfordere, eine solche auch nach der Natur des beabsichtigten Vertrages und der Verkehrssitte nicht erforderlich erscheine, — und daß solchenfalls die Dauer der bindenden Kraft des Vertragsangebotes sich nach dem Inhalte des letzteren und dem Wesen des beabsichtigten Vertrages in Verbindung mit den Umständen des Falles bestimme.

Der Entwurf schreibt vor, daß das Vertragsangebot, wenn nach der Absendung desselben der Anbietende oder der, dem das Angebot gemacht worden, stirbt, seine bindende Kraft behält, also beim Tode des Anbietenden dessen Erben bindet, beim Tode des Anderen dessen Erben zur Annahme berechtigt, sofern nicht ein entgegenstehender Wille aus dem Inhalte des Angebotes oder den Umständen des Falles sich ergibt. Er setzt ferner fest, daß mit der gleichen aus dem Inhalte des Angebotes oder den Umständen des Falles sich ergebenden Einschränkung das Angebot auch in dem Falle seine bindende Kraft behält, wenn der Anbietende oder der, dem das Angebot gemacht worden, geschäftsunfähig wird (§ 89). Die Fassung des § 89 ist nicht glücklich. Da mit dem Eintritte der Geschäftsunfähigkeit nur die Entmündigung gemeint sein kann, so würde nach dem Wortlaute des § 89 anzunehmen sein, daß mit diesem Paragraphen auch die Fälle haben getroffen sein sollen, in denen das Vertragsangebot den Willen des Anbietenden erkennen läßt, daß für den Fall seiner eigenen Entmündigung sein Vertreter durch das Angebot nicht gebunden werde, oder daß für den Fall der Entmündigung des Anderen dessen Vertreter zur Annahme nicht berechtigt sei, — Fälle, welche schwerlich vorkommen werden. Die Worte decken den Gedanken nicht genau.

Digitized by Google

§ 5. B. Annahmeerklärung.

Eine der bestrittensten Fragen im Gebiete des Rechtes ist die nach dem Zeitpunkte, in welchem die von der Annahme des Vertragsangebotes abhängige Vertragschließung unter Abwesenden sich vollzieht. Es sind drei Haupttheorien aufgestellt. Keine derselben kann nach dem heutigen Stande der Wissenschaft als die herrschende bezeichnet werden. Wird von dem Satze ausgegangen, daß der Vertrag mit der durch gegenseitige Aeußerung zum Bewußtsein der Vertragschließenden gelangten Willensübereinstimmung zu Stande komme, so ergibt sich, daß der Vertrag nicht früher für geschlossen erachtet werden kann, als bis die Annahmeerklärung dessen, dem das Angebot gemacht ist, zur Kenntniß des Anbietenden gelangt. Mit diesem von den Vertretern der sogen. Vernehmungstheorie (u. A. Bekker, Regelsberger, Brinz) aufgestellten Satze hat sich aber das Verkehrsbedürfniß nicht befreunden können. Dasselbe findet seine Befriedigung nicht, wenn der Vertragschluß so lange in der Schwebe bleiben soll, als es dem Anbietenden nicht beliebt, das Schreiben, in welchem er die Annahmeerklärung dessen, dem er das Angebot gemacht hat, zu empfangen erwartet, zu eröffnen und von dem Inhalte des Schreibens Kenntniß zu nehmen. Daher haben Andere (so Seuffert, Karlowa) an die Stelle der Vernehmungstheorie die sogen. Empfangstheorie gesetzt, für welche die Bedeutung in Anspruch genommen wird, daß sie nichts sei, als die vernünftige praktische Ausbildung der Vernehmungstheorie (Dernburg). Nach der Empfangstheorie kommt der Vertrag in dem Zeitpunkte zu Stande, in welchem die Annahmeerklärung in die Hände des Antragenden gelangt, so daß er von ihr Kenntniß zu nehmen in der Lage ist. — Von noch anderer Seite (u. A. Puchta, Thöl, Sintenis) wird weder das auf beiden Seiten erlangte Bewußtsein von der erzielten Willenseinignng, noch auch die thatsächliche Möglichkeit, sich dies Bewußtsein durch Kenntnißnahme von dem Inhalte des Antwortschreibens zu verschaffen, zum Vertragschlusse erfordert, vielmehr schon die Thatsache der zum Ausdruck gelangten Willenseinigung als das den Vertrag Schaffende angesehen. Mit dieser Auffassung ist man dahin gelangt, den Zeitpunkt des Vertragschlusses in die Annahme des Vertragsangebotes, d. h. in die Aeußerung des Annahmewillens, zu setzen (Aeußerungstheorie). Allein der Begriff der Annahme und der Aeußerung des Annahmewillens hat keinen fest bestimmbaren Inhalt. Wird auch die Annahme in einen früheren Zeitpunkt nicht gesetzt, als in den, in welchem der Empfänger des Vertragsangebotes zu dem Zwecke thätig wird, um von seinem Annahmewillen den An-

Digitized by Google

bietenden zu benachrichtigen, so bleibt doch zweifelhaft, wie weit diese Thätigkeit vorgeschritten sein müsse, um als Annahme zu gelten.

Der Entwurf enthält den Satz: „Mit dem Zeitpunkte der Annahme des Vertragswillens wird der Vertrag geschlossen" (§ 87). Der Wortlaut des Satzes scheint zu der Annahme zu nöthigen, daß der Entwurf der zuletzt erwähnten Lehre folgen, also den Vertragschluß in den Zeitpunkt der Aeußerung des Annahmewillens setzen wolle, wie denn Thöl, einer der Hauptvertreter der Aeußerungstheorie, seiner Ansicht fast mit den Worten des § 87 Ausdruck gibt. Die Motive wollen aber den Satz des § 87 anders verstanden wissen. Es heißt dort (I, 174): „Ist ein Vertragsantrag angenommen, so ist damit der Vertrag geschlossen. Ein Vertrag unter Abwesenden kommt sonach im Falle ausdrücklicher Annahme mit dem Zeitpunkte zu Stande, in welchem die Annahmeerklärung dem Antragsteller zukommt." Die Lösung des Räthsels, welches in diesen beiden Sätzen dem Verständnisse aufgegeben wird, enthält der Entwurf im § 74. Hier heißt es: „Ist die Wirksamkeit einer Willenserklärung davon abhängig, daß sie gegenüber einem Betheiligten abgegeben wird, und erfolgt die Willenserklärung in Abwesenheit desselben, so wird zur Wirksamkeit erfordert, daß die ausdrückliche Willenserklärung ihm zukommt." — Die Motive (I, 157) besagen, daß mit dem § 74 die Empfangstheorie habe angenommen werden sollen. Um den § 87 als den Ausdruck dieser Theorie aufzufassen, muß man dem Wortlaut entgegen unter der Annahme des § 87 nicht die Annahme schlechthin, sondern die von dem Anbietenden empfangene und dadurch im Sinne des § 74 wirksam gewordene Annahmeerklärung verstehen. Der Entwurf enthält also statt einer Norm, die dem Verständnisse keine Schwierigkeiten bietet, eine Art Räthselspiels. Und die Motive setzen das Spiel fort. Die Lösung des Räthsels kann allerdings mit Hilfe der Motive im Entwurf gefunden werden. Aber man fragt sich vergebens nach dem Grunde, aus welchem jenes Räthselspiel einem in sich selbst die Möglichkeit des Verständnisses tragenden Satze vorgezogen worden ist.

Damit, daß die Annahmeerklärung erst in dem Zeitpunkte wirksam wird, in welchem sie dem Anbietenden zukommt, ist nach dem Grundsatze des § 74 Abs. 2 die Widerruflichkeit der Erklärung bis zu diesem Zeitpunkte gegeben. Der Widerruf ist aber nur wirksam, wenn er dem Anbietenden früher als die Annahmeerklärung oder gleichzeitig mit derselben zukommt.

Im Widerspruch mit dem Satze, daß die Annahmeerklärung erst wirksam wird, wenn sie an den Anbietenden gelangt, steht der Satz, daß es auf die Wirksamkeit der Erklärung keinen Einfluß hat, wenn der

Digitized by Google

Erklärende stirbt oder geschäftsunfähig wird, nachdem er die Erklärung behufs der Absendung abgegeben hat (§ 74 Abs. 3). Die Erklärung soll also, auch bevor sie dem Anbietenden zukommt oder zu dessen Kenntniß gelangt, doch insofern wirksam sein, als im Falle des Todes dessen, der die Erklärung abgegeben hat, der Erbe desselben, im Falle der Entmündigung des Urhebers der Erklärung dessen nothwendiger Vertreter an die Erklärung gebunden sind, auch wenn sie von ihr, bevor sie dem Anbietenden zugekommen ist, keine Kenntniß erhalten, also die thatsächliche Möglichkeit, sie zu widerrufen, nicht erlangt haben. Der Widerspruch ist aber nur ein äußerlicher, durch die dem Gedanken sich nicht völlig anschließende Fassung hervorgebrachter. Unter der Wirksamkeit im Sinne des § 74 Abs. 1 ist nämlich nicht die Kraft der Erzeugung von Rechtswirkungen überhaupt zu verstehen, sondern der Eintritt der dem Inhalte der Erklärung entsprechenden, mit der Abgabe der Erklärung beabsichtigten Rechtswirkungen. Wenn es aber im § 74 Abs. 3 heißt, daß es auf die Wirksamkeit der Erklärung ohne Einfluß sei, wenn der Erklärende nach Abgabe der Erklärung sterbe oder geschäftsunfähig werde, so kann unter dieser Wirksamkeit nicht die — noch nicht eingetretene — Wirksamkeit im Sinne des § 74 Abs. 1, sondern nur das Wirksamwerden der Willenserklärung im Sinne des § 74 Abs. 1 verstanden werden. Die Norm des § 74 Abs. 3 will also besagen, daß der mit der Abgabe der zur Absendung bestimmten Erklärung begonnene Rechtsvorgang der Hervorbringung der mit der Erklärung beabsichtigten Rechtswirkungen durch den Tod oder die Entmündigung dessen, der die Erklärung abgegeben hatte, nicht beeinflußt wird.

§ 6. C. Ergebniß.

Die vom Entwurf angenommenen Rechtsnormen setzen für die unter Abwesenden zu Stande kommenden Verträge an die Stelle des in dem beiderseitigen Bewußtsein der Willensübereinstimmung beruhenden Grundes der bindenden Kraft der Verträge, aus welchem die gemeinrechtliche Wissenschaft die für den Abschluß eines Vertrages unter Abwesenden maßgebenden Normen folgerecht zu entwickeln unternommen hat, ohne allerdings bis jetzt zu einem befriedigenden Abschlusse gelangt zu sein, einen künstlichen Apparat. An der Brauchbarkeit dieses Apparates ist nicht zu zweifeln. Er hat sich — in seinen Haupttheilen wenigstens, die im allgemeinen preußischen Landrechte und im deutschen Handelsgesetzbuch zur Anwendung gekommen sind, — schon praktisch bewährt. Und die Sätze des Entwurfes sind im Großen und Ganzen wohl geeignet, die in Folge des auf dem fraglichen Rechtsgebiete

Digitized by Google

herrschenden vielfachen Streites bisher der Rechtsfindung entgegenstehenden Schwierigkeiten befriedigend zu lösen und damit der Rechtsprechung größere Sicherheit und Einheitlichkeit zu geben. Aber das jetzt in Geltung befindliche Willensdogma erleidet durch jene Sätze große Einbuße. Der Apparat, den wir an Stelle der zum Bewußtsein der Betheiligten gelangten Willensübereinstimmung als Vertragsbildner erhalten, wird mit der Absendung des Vertragsangebotes in Bewegung gesetzt. Er erhält einen weiteren Anstoß durch die Absendung der Annahmeerklärung. Als Ergebniß stellt sich die Vertragschließung heraus. Willensänderung, Tod, Entmündigung des einen oder des anderen Theiles, die nach der von demselben geäußerten Thätigkeit eintreten, haben keine oder doch nur eine beschränkte Wirkung. Ein Vertrag kann also zu Stande kommen, auch wenn von dem Zeitpunkte der Absendung des Angebotes bis zu dem Zeitpunkte, in welchem die Annahmeerklärung dem Anbietenden zugekommen ist, Willensübereinstimmung der Personen, zwischen denen der Vertrag zu Stande kommt, gleichzeitig auf beiden Seiten niemals vorhanden gewesen ist. Er kann zu Stande kommen, auch wenn der Anbietende oder derjenige, an den das Angebot gerichtet war, oder beide zur Zeit der Ankunft des Angebotes oder zur Zeit der Ankunft der Annahmeerklärung nicht mehr am Leben oder entmündigt sind. Er kann zu Stande kommen, auch wenn zur Zeit der Abgabe der Erklärungen, aus denen sich der Vertrag zusammensetzt, noch keine der Personen, zwischen denen der Vertragschluß sich vollzieht, am Leben gewesen ist. Die Frage, ob trotz alledem das Willensdogma als das die wissenschaftliche Behandlung des Vertragsrechtes bestimmende Prinzip sich wird aufrecht halten lassen, will ich nicht beantworten, noch weniger an die Frage rühren, wie etwa das Dogma zu ersetzen sein möchte. — Die in Rede stehenden Sätze sind nicht die einzigen, im Entwurf enthaltenen, welche der Aufrechthaltung des Dogmas Schwierigkeiten machen müssen.

§ 7. D. Vertragschließung bei Willensmangel.

In einem Falle nimmt schon das bisher geltende Recht vertragsmäßige Gebundenheit trotz von vornherein vorhandenem Mangel des Verflichtungswillens an, nämlich bei der sogenannten Mentalreservation, also in dem Falle, in welchem der Erklärende in der Absicht der Täuschung eine seinem wahren Willen nicht entsprechende Erklärung dem Anderen gegenüber abgibt. Der Erklärende wird nach der trotz c. 26 X de spons. 4, 1 wohl von Alters her unbestrittenen Meinung an seiner, mit seinem Erklärungswillen übereinstimmenden, wenn auch

Digitized by Google

ohne Verpflichtungswillen abgegebenen Erklärung festgehalten und mit der Behauptung, daß er nicht seinen wahren Willen erklärt habe, nicht gehört. Der Entwurf hat diesem Grundsatze im § 95 Ausdruck gegeben. — Abgesehen von diesem Falle ist die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Erklärende an den Inhalt seiner mit seinem Willen nicht übereinstimmenden Erklärung gebunden sei, gegenwärtig überaus bestritten.

Lange Zeit war es im gemeinen Recht nicht bloß die herrschende, sondern die wohl unbestritten geltende Meinung, daß bei Nichtübereinstimmung von Wille und Erklärung das Rechtsgeschäft, welches sich als erklärt darstellt, in Wahrheit nicht zu Stande gekommen ist. Erst in neuerer Zeit ist Streit über die Frage entbrannt, welche Wirkung einem Zwiespalte zwischen dem Inhalte der Willenserklärung und dem wahren Willen des Erklärenden beizulegen sei. Der Streit ist von der Wissenschaft noch nicht ausgetragen. Er hat seine Hauptbedeutung für die Willenserklärungen, aus denen sich die Verträge zusammensetzen, also für Vertragsangebot und Annahmeerklärung. Die ältere Theorie hat allmählich an Boden verloren. Den Anlaß dazu gab ein Rechtsfall, der bekannte Lucca-Pistojastreit, dadurch, daß er zu einer Reihe wissenschaftlicher Untersuchungen anregte, die zu der Erkenntniß geführt haben, daß bei Behandlung des in Rede stehenden Zwiespaltes der abstrakte Gesichtspunkt des Willensdogmas zu Gunsten der Anforderungen des praktischen Bedürfnisses aufgegeben werden müsse.

Von der einen Seite (Bähr) wird der Erklärung die ihrem Inhalte nach entscheidende Wirkung ohne Rücksicht auf einen vorhandenen Zwiespalt zwischen Wille und Erklärung beigelegt, wenn die Erklärung dem Anderen als Ausdruck des wahrens Willens des Erklärenden erschienen ist und dieser Eindruck ihrem Inhalte gemäß ist. Zwischen dieser Ansicht und der dem strengen Willensdogma entsprechenden steht die vermittelnde Auffassung, nach welcher der Arglist, die bei der Mentalreservation den Widerspruch zwischen Erklärung und wahrem Willen wirkungslos macht, grobe Fahrlässigkeit des Erklärenden gleichgestellt wird, vermöge deren der Inhalt einer Erklärung, die mit dem Willen des Erklärenden nicht übereinstimmt, als Wille des Erklärenden sich darstellt. Dieser Standpunkt ist im Entwurf (§ 97 Abs. 1, 2, §§ 98, 99 Abs. 1) angenommen.

Diese Fahrlässigkeit kann darin bestehen, daß der Erklärende, obwohl er den Willen hat, die Erklärung gerade so abzugeben, wie er sie abgibt, doch mit diesem Willen nicht die Absicht verbindet, die seiner Erklärung entsprechenden rechtlichen Folgen herbeizuführen, daß er jedoch auf der anderen Seite sich auch nicht klar macht, wie derjenige, dem gegenüber er die Erklärung abgibt, dieselbe als eine

Digitized by Google

ernstlich gemeinte, mit dem Verpflichtungswillen abgegebene Erklärung auffassen kann, daß er also zwar ohne die Absicht der Täuschung, aber immerhin in Gleichgültigkeit gegen die Möglichkeit der Täuschung auf die Gefahr hin handelt, daß der Andere sich durch die Erklärung täuschen läßt. Dieser Fall ist im § 97 Abs. 1, 2 vorgesehen. Er steht dem der Mentalreservation nahe.

Dem angegebenen Falle reiht der Entwurf die Fälle an, welche vorliegen, wenn der Mangel der Uebereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten Willen auf einem Irrthume des Urhebers der Erklärung beruht (§ 98). In diesen, der Anwendung des § 98 unterliegenden Fällen wird vorausgesetzt, daß der Erklärende mit seiner Erklärung zwar bestimmte Rechtswirkungen verbinden will, daß jedoch die Erklärung, die er in der Absicht abgibt, jene Rechtswirkungen hervorzurufen, sich nicht genügend erweist, die beabsichtigten Rechtswirkungen hervorzubringen, wohl aber an sich geeignet sein würde, andere, von dem Erklärenden nicht gewollte Rechtswirkungen zur Entstehung gelangen zu lassen. Der Zwiespalt zwischen Wille und Erklärung kann solchenfalls in mangelhafter Aeußerung des Willens (Versprechen, Verschreiben) seinen Grund haben. Er kann aber auch auf einer unrichtigen Vorstellung des Erklärenden beruhen, vermöge deren die durch jene unrichtige Vorstellung hervorgerufene oder beeinflußte Erklärung, obwohl der Erklärende sich so hat äußern wollen, wie er sich geäußert hat, doch dem wahren Willen des Erklärenden nicht entspricht. Auf den einen wie auf den anderen Fall bezieht sich der § 98. In beiden Fällen spricht der Entwurf von einem Irrthum des Erklärenden als der Ursache des Zwiespaltes zwischen Wille und Erklärung. Gleichgestellt ist diesen Fällen des Irrthums der Fall, welcher vorliegt, wenn der Urheber der Willenserklärung zu deren Uebermittelung an den Empfänger sich einer Mittelsperson bedient hat, durch welche der Wille unrichtig mitgetheilt ist (§ 101).

Darin, daß nicht jeder Irrthum die durch ihn hervorgerufene Willenserklärung nichtig macht, herrscht in den Gesetzgebungen, in der Wissenschaft und in der Rechtsprechung Uebereinstimmung. Aber die Grenzlinie zwischen dem Irrthum, der die Erklärung nichtig macht, und dem, der sie bestehen läßt, ist streitig. Die herrschende Meinung läßt als wesentlich in dem angegebenen Sinne den Irrthum gelten, der sich auf das durch die Willenserklärung beabsichtigte Rechtsgeschäft oder die Rechtsfolge der Erklärung bezieht, sowie den, der die von der Willenserklärung betroffene Sache, und den, der die Person, welcher gegenüber der Erklärende die Willenserklärung abgeben will, betrifft. Als unwesentlich wird nach der herrschenden Meinung der

Digitized by Google

Irrthum angesehen, der nur den Beweggrund betrifft. Lebhafter Streit besteht betreffs der Frage nach der Bedeutung des Irrthums in Eigenschaften der Sache, die zum Gegenstande der Erklärung gemacht ist. Von der einen Seite (Zitelmann) wird ein solcher Irrthum immer als ein für den Rechtsbestand der Willenserklärung nicht wesentlicher Irrthum im Beweggrunde angesehen. Von anderer Seite wird Gewicht darauf gelegt, ob eine Sache, je nachdem sie die fragliche Eigenschaft habe oder nicht, für eine andere Sache angesehen werden müsse. Diese Ansicht darf noch jetzt als die herrschende bezeichnet werden. Von noch anderer Seite (Hartmann) wird ein Irrthum in Eigenschaften der Sache zwar als Irrthum im Beweggrunde angesehen, aber auch dem Irrthum im Beweggrunde eine den Rechtsbestand des Geschäftes auflösende Wirkung beigelegt, wenn der fragliche Umstand sich als stillschweigende conditio sine qua non des ganzen Handels erkennbar ergibt.

Der Entwurf zieht die Grenze zwischen wesentlichem und unwesentlichem Irrthum dahin, daß die Willenserklärung nichtig sein soll, wenn anzunehmen sei, daß der Urheber der Erklärung bei Kenntniß der Sachlage die Willenserklärung nicht abgegeben haben würde. Letzteres aber soll im Zweifel angenommen werden, wenn ein Rechtsgeschäft anderer Art, die Beziehung des Rechtsgeschäftes auf einen anderen Gegenstand oder die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts unter anderen Personen beabsichtigt worden ist. Dem Irrthum im Beweggrunde wird — abgesehen von einigen Ausnahmefällen — Wirkung auf die Frage der Gültigkeit des Rechtsgeschäfts versagt (§§ 98, 102). Diese Behandlung der Streitfrage ist neu, aber nicht glücklich. Die Schwierigkeit, welche sich dem Bestreben, objektive Merkmale der Wesentlichkeit des Irrthums aufzufinden, bisher entgegengestellt hat, werden mit ihr vermieden. Die Norm würde auch leicht zu handhaben sein. Aber daß sie dem praktischen Bedürfnisse und den Anforderungen der Billigkeit entspricht, darf mit Grund bezweifelt werden. Zwei sich darbietende Beispiele werden dies zeigen.

A hat den Willen, für den B, der mit C in laufender Rechnung steht, Bürgschaft für die Forderung des C aus diesem Geschäftsverkehr bis zu einem bestimmten Betrage unter der Bedingung, daß D Mitbürge sei, zu übernehmen. B will dem C weiteren Kredit nur geben, wenn A die Bürgschaft bis zu einem bestimmten höheren Betrage und bedingungslos übernimmt. A versteht ohne grobes Versehen den Willen des B unrichtig und gibt vermöge dieses Mißverständnisses eine Bürgschaftserklärung ab, welche B als eine seinem Willen entsprechende aufzufassen in der Lage ist. C hat nachmals von dem Mißverständnisse des A erfahren. Er hat aber auch in Erfahrnng gebracht, daß A bei

Digitized by Google

dem lebhaften Interesse, das er früher an B genommen, bereit gewesen sein würde, die Bürgschaft, um dem B Kredit zu verschaffen und ihm die Fortdauer der Geschäftsverbindung mit C zu ermöglichen, ohne Bedingung und bis zu jenem höheren Betrage zu übernehmen, sofern dies verlangt worden wäre. Die herrschende Meinung würde in diesem Falle dem B, sofern die Bedingung der Uebernahme der Mitbürgschaft Seitens des D eingetreten wäre, ein Klagrecht gegen A nur auf den Betrag, bis zu welchem A hat Bürge sein wollen, geben. Der Entwurf läßt den A ohne Rücksicht auf den Eintritt der Bedingung bis zu dem höheren Betrage, den A zu bewilligen bereit gewesen sein würde, haften. Der Fall zeigt, daß die Norm des § 98, indem sie zu dem angegebenen, wohl schlechthin unannehmbaren Ergebnisse führen würde, mit dem vermeintlichen Verkehrsbedürfniß unter Hintansetzung der aus dem Willensdogma sich ergebenden Rechtskonsequenz in einer Weise rechnet, daß die vermeintliche Befriedigung des Verkehrsbedürfnisses in ihr Gegentheil umschlägt. — Zweiter Fall: A hat ein Geschäft in Aussicht, das großen Gewinn verspricht. Er hat dazu sofort Geld nöthig, das er sich auf andere Weise nicht verschaffen kann, als durch Veräußerung eines seiner Besitzthümer zu einem verhältnißmäßig geringen Preise. Er bietet das Besitzthum dem B zum Kauf an. B erklärt sich zum Ankauf für einen bestimmten Preis bereit. A versteht aber ohne grobes Versehen den B dahin, daß dieser einen bestimmten höheren Preis zahlen wollte, und erklärt in diesem Irrthume seine Annahme des Angebotes. Das von A bezweckte Geschäft schlägt fehl. Hat B, der in der Lage ist, den Nachweis zu führen, daß A, um baares Geld zu erhalten, bereit gewesen sein würde, das Besitzthum für den geringen Preis zu verkaufen, den er selbst als Käufer dafür hat zahlen wollen, einen Anspruch auf Erfüllung des Kaufvertrages gegen oder nach Zahlung dieses Betrages? Nach der herrschenden Meinung würde eine Klage keinen Erfolg haben können. Nach dem Entwurf würde B mit der Klage durchdringen. Der Erfolg widerspricht aber dem praktischen Bedürfnisse nicht minder, wie der Rechtskonsequenz. — Es würde leicht sein, die Unannehmbarkeit der mit dem § 98 gegebenen Konsequenzen noch für eine Reihe anderer Fälle zu zeigen.

Die Frage, ob ein Irthum in Eigenschaften der Sache unter die Bestimmung des § 98 oder unter die des § 102 zu bringen sei, wird im Entwurf nicht entschieden. Die Sätze des Entwurfs scheinen die Annahme aufzudrängen, daß der im § 98 eingenommene „subjektive" Standpunkt auch für die Entscheidung dieser Frage maßgebend sei, daß also eine Willenserklärung für nichtig erachtet werden soll, wenn bei einem Irrthume in Eigenschaften der Sache nach der Beschaffen-

Digitized by Google

heit des Irrthums anzunehmen ist, daß der Urheber bei Kenntniß der Sachlage die Willenserklärung nicht abgegeben haben würde. Der Inhalt des § 98 führt nach der Natur der Sache zu der Annahme, daß die Verfasser des Entwurfes eine Nichtigkeit der Willenserklärung auf Grund des § 98 nicht bloß in den für die Frage der Wesentlichkeit des Irrthums in subjektiver Hinsicht besonders ausgezeichneten Fällen des Irrthums in der Art und dem Gegenstande des Rechtsgeschäfts, sowie in den Personen, unter denen das Geschäft zu Stande kommen soll, annehmen, daß sie vielmehr darüber hinaus dem Irrthum Wirksamkeit auf den Bestand des Rechtsgeschäfts eröffnen wollen. Das Erste und Nächste aber, was man jenseits der fraglichen, besonders ausgezeichneten Fälle des Irrthums zu suchen veranlaßt sein möchte, würde der Irrthum in Eigenschaften der Sache sein, der sich in Gesetzbüchern und in Lehrbüchern jenen Fällen mit dem, wenngleich bestrittenen Anspruche auf eine gewisse gleiche Behandlung anzureihen pflegt. Die Motive (I, 199) wollen aber den Irrthum in Eigenschaften der Sache immer nur als einen für den Bestand des Rechtsgeschäfts unwesentlichen Irrthum im Beweggrunde angesehen und den § 98 auf diesen Irrthum nicht bezogen wissen. Die Absicht der Verfasser des Entwurfes scheint also dahin zu gehen, neben den im § 98 besonders ausgezeichneten Fällen noch etwa den Irrthum in Ort und Zeit der Leistung, nicht aber den Irrthum in Eigenschaften der Sache als wesentlich in der Art gelten zu lassen, daß das Rechtsgeschäft wegen eines solchen Irrthums nichtig sein soll, wenn anzunehmen ist, daß der Urheber bei Kenntniß der Sachlage die Willenserklärung nicht abgegeben haben würde. Aber im Entwurf selbst fehlt der Ausdruck dieser Absicht. Wird also in den Entwurf selbst eine der in den Motiven vertretenen Auffassung entsprechende Rechtsnorm, mit welcher die Ausschließung des Irrthums in Eigenschaften der Sache aus dem Bereiche des wesentlichen Irrthums zum Ausdruck gelangt, nicht aufgenommen, so bleibt die Streitfrage unentschieden. Wissenschaft und Rechtsprechung würden daher solchenfalls der Fortsetzung der Versuche, zu einer befriedigenden Lösung der Frage nach der Bedeutung des Irrthums in Eigenschaften der Sache für den Bestand der Willenserklärung zu gelangen, nicht überhoben sein.

Aber auch in den Fällen, in welchen ein Irrthum dem Gegenstande nach, den er betrifft, als wesentlich an sich zu gelten hat, soll er dem Bestande des Rechtsgeschäfts keinen Eintrag thun, wenn dem Urheber der Willenserklärung, der sich in dem Irrthum befindet, grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt (§ 99 Abs. 1). Es gibt also nach dem Entwurf keinen Irrthum mehr, der allein durch sich selbst Willenserklärung und Vertrag aufzuheben vermag, wie sehr auch der Irrthum

Digitized by Google

die Uebereinstimmung zwischen Erklärung und wahrem Willen hindern und bei beabsichtigtem Vertragschlusse der Annahme einer Willenseinigung entgegenstehen mag. Die grobe Fahrlässigkeit des Irrenden wird vom Entwurf als der Kitt verwendet, durch den das Recht zusammenhält, was sich, mit dem Maßstabe des Willens gemessen, nicht verträgt. Hiermit thut der Entwurf einen weiteren Schritt über das Gebiet des Willensdogmas hinaus. Wird die grobe Fahrlässigkeit dahin bestimmt, daß sie auf einer der Arglist nahekommenden gewissenlosen Gleichgültigkeit gegen das Interesse Anderer beruht, so wird das Verkehrsbedürfniß mit dieser Behandlung des Irrthums wohl auskommen können. Aber die im § 144 Abs. 2 des Entwurfs gegebene Bestimmung, nach welcher grobe Fahrlässigkeit vorliegen soll, wenn die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters in besonders schwerer Weise vernachlässigt wird, macht die Verwendbarkeit des § 99 Abs. 1 zweifelhaft. Man wird eine besonders hochgradige, dicht an die Arglist streifende Verletzung jener Sorgfalt fordern müssen, um durch sie die Aufrechthaltung einer Willenserklärung und eines Vertrages trotz Zwiespalt zwischen Erklärung und Wille und ohne Rücksicht auf den Mangel der Willensübereinstimmung derer, zwischen denen der Vertrag geschlossen werden soll, zu vermitteln.

§ 8. E. Vertragsrecht ohne Betheiligung am Vertragschlusse.

Für den Rechtsgrundsatz, daß ein Vertrag zu Gunsten eines Dritten mit der Wirkung abgeschlossen werden kann, daß der Dritte selbst aus dem Vertrage unmittelbar berechtigt wird, war im gemeinen Rechte der Boden durch die Entstehung anderer Rechtsnormen, welche mit Grundanschauungen des römischen Rechtes im Widerspruch standen, bereits geebnet worden. Die rechtliche Möglichkeit der Loslösung eines Forderungsrechtes von der Person, die es für sich begründet hatte, durch Uebertragung desselben auf eine andere Person ist ebenso, wie die rechtliche Möglichkeit der Abschließung eines Vertrages durch einen freiwilligen Vertreter in der Art, daß durch den Vertrag unmittelbar nicht der Vertreter, sondern der Vertretene allein berechtigt und verpflichtet wird, allmählich dergestalt zu allgemeiner Geltung gelangt, daß für die ältere Rechtsauffassung nahezu das Verständniß verloren gegangen ist. Die Entstehung der bezeichneten Rechtsgrundsätze war allerdings im Recht selbst schon vermittelt. Die Anerkennung der Möglichkeit der Uebertragung eines Forderungsrechtes selbst war an die Stelle der Möglichkeit der Bestellung eines procurator in rem suam für die Klagerhebung getreten, und die Möglichkeit einer Vertretung

Digitized by Google

beim Vertragschlusse mit der Wirkung unmittelbaren Rechtserwerbes für den Vertretenen durch die Annahme einer stillschweigenden Abtretung des Rechtes aus dem Vertrage Seitens des Prokurators, der den Vertrag zwar für den Geschäftsherrn, aber im eigenen Namen geschlossen hatte, an den Geschäftsherrn vorbereitet. In ähnlicher Weise hat sich der Rechtsgrundsatz, daß der zu Gunsten eines Dritten abgeschlossene Vertrag unmittelbar dem Dritten einen Anspruch auf die versprochene Leistung gebe, entwickelt. Das praktische Bedürfniß gebot die Vermehrung der im römischen Rechte in spärlicher Anzahl bereits vorhandenen Fälle, in denen für einen Dritten ein Forderungsrecht aus einem Vertrage entstehen konnte. Und allmählich machte sich das Bedürfniß einer Verallgemeinerung der Zulassung des Rechtserwerbs für den Dritten aus dem ohne seine Theilnahme abgeschlossenen Vertrage geltend. Von der einen Seite wurde die Berechtigung des Dritten mit der Unterstellung erklärt, daß zwischen dem Versprechenden und dem Dritten durch das Versprechen und dessen Annahme Seitens des Dritten ein neuer Vertrag zu Stande komme, von anderer Seite — ähnlich dem Rechserwerb durch einen Prokurator — mittelst der Annahme einer stillschweigenden Abtretung des auf Leistung an den Dritten gerichteten Forderungsrechtes Seitens des Vertragschließenden, dem die Leistung versprochen war, an den Dritten selbst. Mit Hülfe dieser Stützen hat der Satz, daß ein Dritter aus einem zu seinen Gunsten geschlossenen Vertrage Rechte erwerben könne, — allerdings immer nur mit der Beschränkung auf die bestimmten Fälle, in denen die Anwendung des Satzes schon durch die römischen Quellen und die Ausdehnung desselben durch unabweisliches praktisches Bedürfniß geboten war, — Eingang in das System und Bürgerrecht in demselben erhalten. Später sind dem Satze jene Stützen entzogen und er ist auf sich selbst gestellt worden in der Art, daß der Wille der Vertragschließenden selbst als der Schöpfer des für den Dritten unmittelbar aus dem Vertrage entstandenen Rechtes angesehen wird und das Recht mit den Voraussetzungen seiner Entstehung und Verwirklichung ausschließlich durch den Willen der Vertragschließenden seine Bestimmungen erhält.

Der Entwurf hat den Satz, daß aus einem zu Gunsten eines Dritten geschlossenen Vertrage der Dritte unmittelbar berechtigt werden kann, ohne die bisher beibehaltene Einschränkung des Satzes auf bestimmte Fälle anerkannt. Er will also dem Grundsatze allgemeine Geltung geben. Die einzelnen aufgestellten Sätze zeigen, daß der Entwurf weder den Gesichtspunkt der Entstehung eines Vertrages zwischen dem Versprechenden und dem Dritten, noch den einer stillschweigenden Abtretung des Rechtes Seitens dessen, dem die Leistung

Digitized by Google

verſprochen iſt, an den Dritten angenommen hat. Dem Willen der Vertragſchließenden wird vielmehr die Wirkung beigelegt, daß der Dritte aus dem zu ſeinem Gunſten geſchloſſenen Vertrage unmittelbar ein Recht auf die Leiſtung erhält, die er nach dem Willen der Vertragſchließenden haben ſoll. Der Wille der Vertragſchließenden iſt es auch, dem es nach dem Entwurfe ausſchließlich überlaſſen iſt, die Vorausſetzungen zu beſtimmen, unter denen das Recht des Dritten zur Entſtehung und Verwirklichung gelangen ſoll. Für die Feſtſtellung dieſes Willens enthält der Entwurf gewiſſe geſetzliche Anhaltspunkte. Die Rechtsgedanken des Entwurfes ſind in den §§ 412 bis 416 zum Ausdruck gelangt. Wenn man die Rechtsgedanken in Rechtsnormen umſetzt, ſo möchten ſich folgende Sätze ergeben:

1. Ein Vertrag, in welchem der eine der Vertragſchließenden ſich zu einer Leiſtung an einen Dritten verpflichtet, kann wirkſam mit der Abrede geſchloſſen werden, daß der Dritte aus dem Vertrage unmittelbar das Recht auf die Leiſtung gegen den Verſprechenden erwerben ſoll.
2. Die Vertragsſchließenden können ſich wirkſam die Befugniß zur Aenderung oder Aufhebung des die Leiſtung an den Dritten betreffenden Verſprechens vorbehalten.
3. Ein Vertrag über eine Leiſtung an einen Dritten iſt im Zweifelsfalle dahin auszulegen, daß ſowohl der Vertragſchließende, der ſich die Leiſtung an den Dritten verſprechen läßt, ein Forderungsrecht auf die Leiſtung an den Dritten, als auch der Dritte ein Forderungsrecht auf die Leiſtung erhalten und daß eine Aenderung oder Aufhebung des Rechtes des Dritten den Vertragſchließenden nicht zuſtehen ſoll.

   Daraus allein, daß das Recht des Dritten auf die Leiſtung von einer aufſchiebenden Bedingung oder Befriſtung abhängig gemacht iſt, folgt nicht, daß dem Vertragſchließenden die Befugniß zur Aenderung oder Aufhebung des Rechtes des Dritten bis zum Eintritte der Bedingung oder dem Ablaufe der Friſt vorbehalten ſein ſoll.
4. Das Forderungsrecht wird als nicht entſtanden angeſehen, wenn der Dritte daſſelbe dem Verſprechenden gegenüber zurückweiſt.
5. Die Vertragſchließenden können wirkſam verabreden, daß Einreden aus dem Vertrage, die demjenigen, der ſich zur Leiſtung an den Dritten verpflichtet hat, gegen den anderen Vertragſchließenden zuſtehen würden, dem Dritten gegenüber nicht geltend gemacht werden können.

Digitized by Google

beim Vertragschlusse mit der Wirkung unmittelbaren Rechtserwerbes für den Vertretenen durch die Annahme einer stillschweigenden Abtretung des Rechtes aus dem Vertrage Seitens des Prokurators, der den Vertrag zwar für den Geschäftsherrn, aber im eigenen Namen geschlossen hatte, an den Geschäftsherrn vorbereitet. In ähnlicher Weise hat sich der Rechtsgrundsatz, daß der zu Gunsten eines Dritten abgeschlossene Vertrag unmittelbar dem Dritten einen Anspruch auf die versprochene Leistung gebe, entwickelt. Das praktische Bedürfniß gebot die Vermehrung der im römischen Rechte in spärlicher Anzahl bereits vorhandenen Fälle, in denen für einen Dritten ein Forderungsrecht aus einem Vertrage entstehen konnte. Und allmählich machte sich das Bedürfniß einer Verallgemeinerung der Zulassung des Rechtserwerbs für den Dritten aus dem ohne seine Theilnahme abgeschlossenen Vertrage geltend. Von der einen Seite wurde die Berechtigung des Dritten mit der Unterstellung erklärt, daß zwischen dem Versprechenden und dem Dritten durch das Versprechen und dessen Annahme Seitens des Dritten ein neuer Vertrag zu Stande komme, von anderer Seite — ähnlich dem Rechserwerb durch einen Prokurator — mittelst der Annahme einer stillschweigenden Abtretung des auf Leistung an den Dritten gerichteten Forderungsrechtes Seitens des Vertragschließenden, dem die Leistung versprochen war, an den Dritten selbst. Mit Hülfe dieser Stützen hat der Satz, daß ein Dritter aus einem zu seinen Gunsten geschlossenen Vertrage Rechte erwerben könne, — allerdings immer nur mit der Beschränkung auf die bestimmten Fälle, in denen die Anwendung des Satzes schon durch die römischen Quellen und die Ausdehnung desselben durch unabweisliches praktisches Bedürfniß geboten war, — Eingang in das System und Bürgerrecht in demselben erhalten. Später sind dem Satze jene Stützen entzogen und er ist auf sich selbst gestellt worden in der Art, daß der Wille der Vertragschließenden selbst als der Schöpfer des für den Dritten unmittelbar aus dem Vertrage entstandenen Rechtes angesehen wird und das Recht mit den Voraussetzungen seiner Entstehung und Verwirklichung ausschließlich durch den Willen der Vertragschließenden seine Bestimmungen erhält.

Der Entwurf hat den Satz, daß aus einem zu Gunsten eines Dritten geschlossenen Vertrage der Dritte unmittelbar berechtigt werden kann, ohne die bisher beibehaltene Einschränkung des Satzes auf bestimmte Fälle anerkannt. Er will also dem Grundsatze allgemeine Geltung geben. Die einzelnen aufgestellten Sätze zeigen, daß der Entwurf weder den Gesichtspunkt der Entstehung eines Vertrages zwischen dem Versprechenden und dem Dritten, noch den einer stillschweigenden Abtretung des Rechtes Seitens dessen, dem die Leistung

Digitized by Google

verſprochen iſt, an den Dritten angenommen hat. Dem Willen der Vertragſchließenden wird vielmehr die Wirkung beigelegt, daß der Dritte aus dem zu ſeinem Gunſten geſchloſſenen Vertrage unmittelbar ein Recht auf die Leiſtung erhält, die er nach dem Willen der Vertragſchließenden haben ſoll. Der Wille der Vertragſchließenden iſt es auch, dem es nach dem Entwurfe ausſchließlich überlaſſen iſt, die Vorausſetzungen zu beſtimmen, unter denen das Recht des Dritten zur Entſtehung und Verwirklichung gelangen ſoll. Für die Feſtſtellung dieſes Willens enthält der Entwurf gewiſſe geſetzliche Anhaltspunkte. Die Rechtsgedanken des Entwurfes ſind in den §§ 412 bis 416 zum Ausdruck gelangt. Wenn man die Rechtsgedanken in Rechtsnormen umſetzt, ſo möchten ſich folgende Sätze ergeben:

1. Ein Vertrag, in welchem der eine der Vertragſchließenden ſich zu einer Leiſtung an einen Dritten verpflichtet, kann wirkſam mit der Abrede geſchloſſen werden, daß der Dritte aus dem Vertrage unmittelbar das Recht auf die Leiſtung gegen den Verſprechenden erwerben ſoll.
2. Die Vertragsſchließenden können ſich wirkſam die Befugniß zur Aenderung oder Aufhebung des die Leiſtung an den Dritten betreffenden Verſprechens vorbehalten.
3. Ein Vertrag über eine Leiſtung an einen Dritten iſt im Zweifelsfalle dahin auszulegen, daß ſowohl der Vertragſchließende, der ſich die Leiſtung an den Dritten verſprechen läßt, ein Forderungsrecht auf die Leiſtung an den Dritten, als auch der Dritte ein Forderungsrecht auf die Leiſtung erhalten und daß eine Aenderung oder Aufhebung des Rechtes des Dritten den Vertragſchließenden nicht zuſtehen ſoll.

   Daraus allein, daß das Recht des Dritten auf die Leiſtung von einer aufſchiebenden Bedingung oder Befriſtung abhängig gemacht iſt, folgt nicht, daß dem Vertragſchließenden die Befugniß zur Aenderung oder Aufhebung des Rechtes des Dritten bis zum Eintritte der Bedingung oder dem Ablaufe der Friſt vorbehalten ſein ſoll.
4. Das Forderungsrecht wird als nicht entſtanden angeſehen, wenn der Dritte daſſelbe dem Verſprechenden gegenüber zurückweiſt.
5. Die Vertragſchließenden können wirkſam verabreden, daß Einreden aus dem Vertrage, die demjenigen, der ſich zur Leiſtung an den Dritten verpflichtet hat, gegen den anderen Vertragſchließenden zuſtehen würden, dem Dritten gegenüber nicht geltend gemacht werden können.

Digitized by Google

Die Aufnahme einer Bestimmung, nach welcher, wie für die Entstehung des Rechtes des Dritten, so auch für den Zeitpunkt der Entstehung der Wille der Vertragschließenden maßgebend sein soll, in das Gesetz (§ 413) halte ich, weil sich der Satz von selbst versteht, für eine nutzlose Beschwerung des Gesetzes. Dagegen scheint die Frage berechtigt zu sein, ob nicht der Anspruch des Dritten gegen den Versprechenden im Falle des Vorbehaltes eines Widerrufes gegen diesen Widerruf vom Zeitpunkte des Beginnes des Rechtsstreites durch Klaganstellung an gefestet sein soll.

Die bindende Kraft eines Vertrages zu Gunsten dessen, der nicht selbst Vertragschließender ist, und damit die Möglichkeit unmittelbaren Rechtserwerbes durch einen Vertragschluß, an welchem derjenige, der einen Vertragserfüllungsanspruch erwirbt, nicht theilgenommen hat, steht im Entwurf nicht ganz unvermittelt da. Wir haben an die Fälle anzuknüpfen, in denen einem Versprechen ohne Annahme Seitens dessen, dem versprochen wird, bindende Kraft zu Gunsten des Letzteren beigelegt wird. Das römische Recht kannte als solche Fälle Pollizitation und Votum. Nur vereinzelt ist die Auffassung vertreten worden, daß auch bei ihnen die verpflichtende Kraft auf die Annahme eines Vortrages zurückzuführen sei. Im Entwurf finden wir den Gedanken, der sich in den Rechtseinrichtungen der Pollizitation und des Votums verwirklicht, bei der Stiftung wieder. Diese, obgleich das Geschöpf des Stifters, erwirbt mit ihrer Entstehung gegen den Stifter den Anspruch auf Herausgabe des Vermögens, das der Stifter bei Errichtung der Stiftung für die letztere hergeben zu wollen erklärt (§§ 58, 62). Während im römischen Rechte Pollizitation und Stiftung die einzigen Fälle waren, in denen eine Willenserklärung ohne das Vorhandensein eines Vertrages zwischen dem Erklärenden und dem, welchem der Erklärende einen Vermögensvortheil zuwenden will, Rechte für den, dem der Vortheil zugewendet werden soll, gegen den Erklärenden begründete, trat zu diesen Fällen im gemeinen Rechte die Auslobung hinzu. Bei derselben ist aber die Frage des wissenschaftlichen Aufbaues streitig. Von der einen Seite wird für sie Anlehnung an die römischrechtliche Pollizitation gesucht, die Auslobung also als ein Fall eines bindenden einseitigen Versprechens hingestellt (Puchta, Sintenis). Andere bringen sie unter den Begriff eines Vertrages, lassen also den Auslobenden erst durch die Annahme des in ihr liegenden Versprechens verpflichtet werden und geben dem Auslobenden die rechtliche Möglichkeit, bis zur Annahme zu widerrufen (Vangerow, Windscheid, Ihering). Der Entwurf behandelt die Auslobung aus dem Gesichtspunkte der Pollizitationstheorie (Motive II, 518 ff.). Er läßt den Widerruf regelmäßig so lange zu, bis die Handlung vollbracht ist, gestattet aber Verzicht

Digitized by Google

auf die Widerruflichkeit (§ 582) und bezeichnet es, sofern nämlich die Auslobung selbst nicht ein Anderes vorschreibt, als zum Erwerbe des Anspruchs aus dem Versprechen nicht erforderlich, daß die Handlung mit Kenntniß der Auslobung und in Rücksicht auf dieselbe vollbracht worden ist (§ 581 Abs. 2). — Endlich gestattet auch der Aufbau des ganzen Vertragsrechtes, wie ihn der Entwurf in Abweichung vom gemeinen Rechte und im Anschluß an die durch das praktische Bedürfniß hervorgerufene neuere Rechtsentwickelung vollzieht, bis zu einem gewissen Punkte eine Anlehnung des Rechtssatzes, daß der Dritte, zu dessen Gunsten ein Vertrag geschlossen worden, aus dem Vertrage unmittelbar berechtigt werde, an die Rechtssätze, nach welchen derjenige, der zum Zwecke eines Vertragschlusses eine Erklärung abgibt, an diese Erklärung auch vor dem Zustandekommen des Vertrages gebunden ist. Der Kreis der Erklärungen, die den Erklärenden auch ohne das Vorhandensein eines Vertrages zwischen ihm und demjenigen, zu dessen Gunsten die Erklärung abgegeben wird, verpflichten, ist damit wesentlich erweitert. Der Grundsatz der Zulassung unmittelbaren Rechtserwerbes durch den Dritten, zu dessen Vortheil ein Vertrag geschlossen ist, scheint also seine Regelwidrigkeit einigermaßen dadurch verlieren zu sollen, daß der Entwurf eine Reihe von Rechtssätzen aufstellt, die ähnlichen Gedanken Ausdruck geben.

§ 9. III. Bedingung.

Bis zum Erscheinen der Schrift Windscheids: „Die Lehre von der Voraussetzung" (1850) galten Bedingung, Befristung, Modus (Endzweck, Auflage) als die Nebenbestimmungen, welche den Rechtsgeschäften behufs Beschränkung ihrer Wirksamkeit beigefügt werden können. Seitdem erhebt die Voraussetzung den noch sehr bestrittenen Anspruch darauf, an die Stelle des Modus gesetzt zu werden. Der Entwurf hat in seinen allgemeinen Theil nur Sätze über Bedingung und Befristung aufgenommen. Im besonderen Theile finden die Begriffe der Auflage und der Voraussetzung Verwendung, der erstere als Beschränkung der Wirksamkeit von Schenkungen (§ 448) und letztwilligen Zuwendungen (§ 1757), der letztere als Beschränkung der Wirksamkeit von Vergleichen (§ 667 Abs. 2), von letztwilligen Verfügungen (§ 1781) und Erbeinsetzungsverträgen (§ 1949), sowie bei Bestimmung der Erfordernisse des der condictio ob causam nachgebildeten Rückforderungsanspruchs (§§ 742—744).

Die aufschiebende Bedingung umfaßt nach der jetzt herrschenden, auf Thibaut zurückzuführenden Lehre den rechtsgeschäftlichen Willen unmittelbar dergestalt, daß der Wille selbst vermöge der Bedingung

Digitized by Google

ein wesentlich anderer ist, als er ohne sie sein würde. Die auflösende Bedingung gilt dagegen als ein dem Rechtsgeschäft beigefügter Vorbehalt, dessen auflösende Wirksamkeit von einer aufschiebenden Bedingung abhängt. Praktische Bedeutung hat die Lehre für die Vertheilung der Beweislast, indem in ihr die Nöthigung gefunden worden ist, in der Behauptung, daß die Rechtswirkung der zur Grundlage eines Anspruchs gemachten Willenserklärung von einer aufschiebenden Bedingung abhängig gemacht sei, eine die Beweispflicht des Streitgegners bedingende Klagverneinung zu erkennen, die Behauptung einer auflösenden Bedingung aber als Aufstellung einer Einrede aufzufassen, welche von dem, der sie geltend macht, zu beweisen ist. Der Entwurf hat der herrschenden Auffassung die Folge versagt. Er behandelt im bewußten Anschlusse an die französische Jurisprudenz die auflösende Bedingung gegenüber der Beweislast wie die aufschiebende: Vertheidigt sich dem auf ein Rechtsgeschäft gegründeten Anspruche gegenüber der Streitgegner mit der Behauptung, daß das Rechtsgeschäft unter einer Bedingung zu Stande gekommen sei, so hat derjenige, der die Bedingung bestreitet, in allen Fällen, gleichviel ob eine auflösende oder eine aufschiebende Bedingung behauptet ist, den Beweis zu führen, daß das Geschäft ohne die Bedingung geschlossen sei (§ 196). Aus den Motiven (I, 251, 267, 384) ergibt sich, daß die Verfasser über die Frage, ob die auflösende Bedingung als eine auf die Wiederaufhebung der Wirkungen der Hauptwillenserklärung gerichtete Nebenwillenserklärung aufzufassen sei, sich nicht schlüssig gemacht haben. Die gleiche Behandlung der auflösenden und der aufschiebenden Bedingung beruht auf der Erwägung, daß, auch wenn die auflösende Bedingung als Nebenwillenserklärung anzusehen sein möchte, doch das Verhältniß beider Willenserklärungen zu einander nicht wie das zweier trennbarer, verschiedenen Schicksalen unterliegender Rechtsgeschäfte behandelt werden könne. Dieser Erwägung stehen Bedenken entgegen. Wird von der herrschenden Lehre, die sich auch im preußischen Recht Bahn gebrochen hat, auf Grund der im gemeinen Recht noch von einigen Schriftstellern (Bekker, Seuffert) vertretenen Auffassung, daß die auflösende Bedingung mit dem Rechtsgeschäfte selbst ein nicht minder einheitliches Ganze bilde, als die aufschiebende, abgewichen, so wird sich die Rechtsprechung ohne Schwierigkeit mit der Lösung der Streitfrage abfinden. Würde aber die obige Erwägung zur Auslegung des § 196 herangezogen, so wären Schwierigkeiten für die Rechtsprechung zu erwarten. Man käme mit ihr zu dem Ergebnisse, daß in den Fällen, in welchen der Beklagte einer Vertragserfüllungsklage gegenüber mit der Behauptung einer dem Vertrage beigefügten, den geltend gemachten Anspruch ausschließenden Nebenabrede sich vertheidigt, dem Kläger der Beweis, daß die Abrede

Digitized by Google

nicht getroffen sei, obläge. Dies Ergebniß würde sich als schädlich erweisen. Der Wortlaut des § 196 nöthigt übrigens nicht zur Annahme des Satzes, zu dem die in den Motiven enthaltene Erwägung führen muß.

Die aus dem Entwurf sich ergebenden, den Schwebezustand der Bedingung betreffenden Rechtsnormen schließen sich wesentlich dem geltenden Rechte an. Der Entwurf stellt den Satz auf: „Das bedingte Recht und die bedingte Verpflichtung sind nach den für das unbedingte Recht und die unbedingte Verpflichtung geltenden Vorschriften vererblich" (§ 132). Die Fassung deutet auf die Absicht hin, einen Satz von allgemeiner Geltung aufzustellen. Der Satz soll aber in der Allgemeinheit, in der er aufgestellt ist, nur von Rechtsgeschäften unter Lebenden gelten. Für letztwillige Zuwendungen unter aufschiebender Bedingung ist im § 1761 festgesetzt, es sei im Zweifel anzunehmen, daß die Zuwendung unwirksam werden solle, wenn der Bedachte die Erfüllung der Bedingung nicht erlebe. Alles dies ist geltendes Recht. Eine Ausnahme macht der Entwurf für den Nacherben. Ueberlebt derselbe den Erblasser, so geht sein Recht, auch wenn er den Fall der Nacherbfolge selbst nicht erlebt, auf seine Erben über, sofern nicht anzunehmen ist, daß seine Einsetzung als Nacherben durch seinen vor dem Falle des Eintrittes der Nacherbfolge eingetretenen Tod unwirksam werden solle (§ 1810).

Als die aus dem Rechtsgedanken der Gebundenheit des bedingt Verpflichteten *während der Schwebezeit* der Bedingung sich ergebenden Rechtswirkungen stellt der Entwurf hin: 1. einen von dem Vorhandensein der Erfordernisse eines Arrestschlages oder von der Konkurseröffnung über das Vermögen des bedingt Verpflichteten abhängigen Anspruch des bedingt Berechtigten auf Sicherheitsleistung und die Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung (§ 133), 2. einen mit der Erfüllung der Bedingung entstehenden Anspruch des Berechtigten auf Schadensersatz für den Fall, daß der bedingt Verpflichtete vorsätzlich oder unter Verletzung der von ihm nach dem Inhalte des Rechtsverhältnisses zu beobachtenden Sorgfalt während der Schwebezeit der Bedingung das bedingte Recht vereitelt oder beeinträchtigt hat (§ 134), 3. die mit der Erfüllung der Bedingung eintretende Unwirksamkeit der in der Schwebezeit über den Gegenstand des Rechtsgeschäftes von dem bedingt Verpflichteten oder durch Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung gegen denselben getroffenen Verfügungen, soweit darin eine Vereitelung oder Beeinträchtigung der für den Fall der Erfüllung der Bedingung beabsichtigten Wirkung des Rechtsgeschäftes liegt (§ 135), 4. die gegen den bedingt Verpflichteten, der die Erfüllung der Bedingung in einer dem Inhalte

Digitized by Google

des Rechtsgeschäftes zuwiderlaufenden Weise verhindert, eintretende Wirkung, daß die Bedingung als erfüllt gilt (§ 136). Diese Rechtssätze, von denen der zu 1 aufgeführte in der Art beschränkt ist, daß der Anspruch auf Sicherheitsleistung nicht stattfindet, wenn das bedingte Recht wegen der entfernten Möglichkeit der Erfüllung der Bedingung als ein gegenwärtiger Vermögensbestandtheil sich nicht betrachten läßt, der zu 3 bemerkte aber nur unbeschadet der zu Gunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten ableiten, gegebenen gesetzlichen Bestimmungen gelten soll, schließen sich an das bestehende Recht an, das sie theils unverändert wiedergeben, theils zum Besten der Erleichterung der Rechtsfindung näher bestimmen.

Den alten Streit über die Frage nach der rückwirkenden Kraft der Erfüllung der Bedingung entscheidet der Entwurf für aufschiebende wie für auflösende Bedingungen dahin, daß er die rechtliche Wirkung der Erfüllung der Bedingung erst mit dem Zeitpunkte dieser Erfüllung, ohne der letzteren rückwirkende Kraft beizulegen, eintreten läßt, sofern nicht aus dem Inhalte des Rechtsgeschäfts sich ergibt, daß der Eintritt oder die Beendigung der rechtlichen Wirkung des Rechtsgeschäftes auf einen früheren Zeitpunkt zurückbezogen werden soll (§§ 128 bis 130). Damit ist auch die — vom Entwurf anderweit nicht berührte — Streitfrage, wem die in der Schwebezeit von dem Gegenstande des Rechtsgeschäfts gezogenen Nutzungen zufallen, dahin entschieden, daß sie, wenn das Rechtsgeschäft nicht einen anderen Willen erkennen läßt, dem bedingt Verpflichteten gebühren. Unabhängig von der Frage der rückwirkenden Kraft der Bedingung sind die in den §§ 345 bis 347 angenommenen Sätze, nach welchen ein unter aufschiebender Bedingung über eine unmögliche oder durch Gesetz verbotene Leistung geschlossener Vertrag, ebenso wie ein unter aufschiebender Bedingung geschlossener Vertrag, dessen Schließung selbst durch Gesetz verboten ist, gültig wird, wenn die Unmöglichkeit oder das Verbotsgesetz zur Zeit der Erfüllung der Bedingung nicht mehr besteht.

Die fernere Streitfrage, ob mit der Erfüllung der auflösenden Bedingung der frühere Rechtszustand von selbst wieder eintritt oder nur ein persönlicher Anspruch desjenigen, zu dessen Gunsten die Bedingung beigefügt war, auf Wiederherstellung des früheren Zustandes entsteht, entscheidet der Entwurf dahin, daß er den früheren Zustand von Rechts wegen wiederhergestellt werden läßt (§ 129).

Der Entwurf erklärt das Rechtsgeschäft, dem eine unverständliche oder widersinnige Bedingung beigefügt ist, für nichtig (§ 139). Ebenso das Rechtsgeschäft, welches durch die Art der ihm zugefügten Bedingung sich als ein durch das Gesetz verbotenes oder als ein solches erweist, dessen Inhalt gegen die guten Sitten oder die öffentliche

Digitized by Google

Ordnung verstößt (§§ 105, 106). Alles dies gilt von letztwilligen Verfügungen ebenso wie von Rechtsgeschäften unter Lebenden. Durch diese gleiche Behandlung letztwilliger Verfügungen mit Rechtsgeschäften unter Lebenden wird völlig neues Recht geschaffen. Keines der in Deutschland geltenden Gesetzbücher hat den römisch-rechtlichen Grundsatz, nach welchem Bedingungen, welche eine Willenserklärung unter Lebenden nichtig machen, für nicht hinzugefügt gelten, wenn sie einer letztwilligen Verfügung beigefügt sind, so bewußt abgeworfen, wie der Entwurf.

Auch ein der Vergangenheit angehöriger Umstand kann nach dem Entwurf Gegenstand einer Bedingung sein. Den Fall, in welchem zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts die dem Geschäft beigefügte Bedingung bereits erfüllt oder ausgefallen, die Erfüllung oder der Ausfall aber nicht bekannt ist, behandelt der Entwurf betreffs des Anspruchs auf Sicherstellung und der Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung wie andere Fälle bedingter Rechtsgeschäfte (§ 137 Abs. 2). Die Bedingung kann nach dem Entwurf ferner in einer Handlung bestehen, deren Vornahme von der Willkür des Verpflichteten abhängt. In beiderlei Hinsicht schließt sich der Entwurf dem geltenden Rechte an.

Die nothwendige Bedingung übergeht der Entwurf mit Recht. Sie ist keine Bedingung und bedarf keiner Berücksichtigung im Gesetzbuch. Die Lehrbücher mögen sich mit ihr beschäftigen, insofern dies für die Bestimmung und Abgrenzung des Begriffs der Bedingung förderlich erscheint. Der im § 138 aufgestellte Satz, welcher die Verpflichtung, der als aufschiebende Bedingung das bloße Wollen des Verpflichteten beigefügt ist, für unwirksam erklärt, scheint, da sich sein Inhalt von selbst versteht, auf die Bedeutung einer der Aufnahme in das Gesetzbuch bedürftigen Rechtsnorm ebenfalls keinen Anspruch machen zu können. Dasselbe gilt von dem Satze des § 140, daß durch Beifügung einer Bedingung, welche die rechtliche Wirkung von einem Umstande abhängig macht, von dem dieselbe auch ohne den Willen des Erklärenden abhängig ist, an der rechtlichen Bestimmtheit des Verhältnisses nichts geändert werden soll. Auch dieser Satz mag zur Aufnahme in ein Lehrbuch, das dazu bestimmt ist, die Rechtsbegriffe klar zu legen, geeignet sein. In das Gesetzbuch, welches Rechtsnormen enthalten soll, gehört er nicht. Im § 137 hat der Gedanke Ausdruck gefunden, daß das Rechtsgeschäft, wenn zur Zeit seiner Vornahme die demselben beigefügte Bedingung schon erfüllt oder ausgefallen und die Erfüllung oder der Ausfall bekannt war, je nach der Beschaffenheit der Bedingung als unbedingt errichtet oder als unwirksam angesehen werden soll. Auch für einen solchen Satz

Digitized by Google

iſt ein Bedürfniß nicht anzuerkennen. Der Fall, daß ein Ereigniß, von welchem zur Zeit der Vornahme eines Rechtsgeſchäftes der Handelnde oder die Handelnden wiſſen, daß es ſchon eingetreten ſei oder nicht eintreten werde, zu dieſem Rechtsgeſchäft in die Beziehung einer Bedingung gebracht wird, dürfte kaum vorkommen. Und wenn er vorkäme, ſo würde aus dem Weſen der Bedingung ſich die Löſung von ſelbſt ergeben. Dagegen läßt ſich der Fall als möglich unterſtellen, daß bei Beurtheilung eines bedingten Rechtsgeſchäftes, als deſſen Bedingung ſich äußerlich ein der Vergangenheit angehöriges Ereigniß, über deſſen Eintritt oder Nichteingetretenſein keine Ungewißheit beſteht, darſtellt, die Frage zweifelhaft ſein kann, ob der Handelnde oder die Handelnden bei Vornahme des Rechtsgeſchäftes eine Wiederholung des Ereigniſſes in das Verhältniß einer Bedingung zu dem Rechtsgeſchäfte haben bringen wollen. Für dieſen Fall würde die Entſcheidung dahin zu gehen haben, daß, wenn nicht das Vorhandenſein einer auf die Bedingung jener Wiederholung gerichteten Abſicht feſtgeſtellt werden könnte, das Rechtsgeſchäft, ſofern die Bedingung als aufſchiebende formulirt iſt, als bedingungslos eingegangen, ſofern ſie als auflöſende hingeſtellt iſt, als von vornherein unwirkſam angeſehen werden müßte. Ob ein ſolcher Gedanke bei Abfaſſung des § 137 vorgeſchwebt hat, iſt nicht zu erkennen. Die Aufſtellung einer beſonderen Rechtsnorm würde indeß ſelbſt der beſprochene Fall nicht angezeigt erſcheinen laſſen.

IV. Verſchuldung.

§ 10. A. Fahrläſſigkeit. Grobe Fahrläſſigkeit.

Der Entwurf hat bei Beſtimmung des Maßes der Sorgfalt, die im Rechtsverkehr überhaupt anzuwenden iſt, den diligens pater familias des römiſchen Rechtes ſich nutzbar gemacht und denſelben in einen ordentlichen Hausvater umgewandelt. Von anderer Seite war aus dem diligens pater familias für den heutigen Gebrauch ein Menſch gemacht worden, der dem, was er vornimmt, völlig gewachſen iſt, der ſeine Kräfte auch anwendet, damit ſeine Geſchäfte guten Fortgang nehmen, und der zugleich in ſeinem Wirkungskreiſe auf Ordnung hält (Mommſen). Noch Andere haben den diligens pater familias als einen ordentlichen Menſchen, als einen ordentlichen Mann beſtimmt. Von dem ordentlichen Hausvater des Entwurfs darf angenommen werden, daß er ſeine Schuldigkeit ebenfalls thun wird.

Fahrläſſigkeit nennt der Entwurf Vernachläſſigung der Sorgfalt, die ein ordentlicher Hausvater in ſeinen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, grobe Fahrläſſigkeit die in beſonders ſchwerer Weiſe ſtattfindende

Digitized by Google

Vernachlässigung derselben (§ 144). Der Begriff der groben Fahrlässigkeit entspricht nicht ganz dem der culpa lata. Dieser letztere Begriff ist umstritten. Während unter culpa lata von der einen Seite eine Art der Arglist, nämlich Arglist ohne Niedrigkeit und Gemeinheit des Motivs (Binding), von anderer eine über alle Grenzen gehende Nachlässigkeit, eine Nichtbeachtung dessen, was Jedem einleuchten muß, also eine gänzliche Gleichgültigkeit gegen seine Pflichten verstanden wird (Windscheid, Dernburg), erkennen noch Andere (Mommsen) in ihr ein Handeln oder Unterlassen, bei welchem derjenige, um dessen Verschuldung es sich handelt, in einem nicht entschuldbaren Irrthume darüber, daß seine Handlung oder Unterlassung den rechtsverletzenden Erfolg haben werde, oder daß der Erfolg ein rechtsverletzender sei, sich befunden hat. Bei der Verwendung, welche die Berufung auf grobes Versehen als Mittel der Aufrechthaltung eines Vertragschlusses trotz vorliegendem Irrthume im Entwurfe gefunden hat (vgl. oben § 7 a. E.), würde eine Verschärfung des Begriffes, so daß seine Grenzen sich verengern und mit den u. A. von Windscheid und Dernburg gezogenen Grenzen übereinstimmen, die Handhabung der in Frage stehenden Bestimmungen wesentlich erleichtern, ohne im Uebrigen, da jene empfohlenen Grenzen der im gemeinen Rechte herrschenden und auch in der gemeinrechtlichen Rechtsprechung mit gutem Erfolge wohl allgemein angenommenen Auffassung entsprechen, nachtheilig wirken zu können.

Fahrlässigkeit kann neben arglistigem Verhalten an und für sich, nämlich unabhängig davon, ob anderweit rechtliche Beziehungen zwischen dem nunmehr Berechtigten und dem Verpflichteten bestehen, Grund einer Haftung sein, (sogenannter außerkontraktlicher Schaden). Sie kann bei Rechtshandlungen vorkommen, die auf die Begründung eines Rechtsverhältnisses abzielen (culpa in contrahendo). Sie kann endlich innerhalb eines schon bestehenden Haftungsverhältnisses dem Verpflichteten zur Last fallen.

§ 11. B. Sogenannter außerkontraktlicher Schaden.

Haftung aus sogenannter außerkontraktlicher Verschuldung fand im römischen Rechte nur bei dem Vorhandensein des Thatbestandes der bestimmten im Rechte vorgesehenen Privatdelikte statt. Im gemeinen Rechte wurde die Haftung erweitert und bei jeder außerkontraktlichen Verschuldung ein Schadensersatzanspruch gegeben. Nach dieser, mit einer gewissen Einschränkung betreffs des Umfanges der Haftung (A.L.R. I, 6 § 12) in das preußische Recht übergegangenen Auffassung findet bei außerkontraktlichem Schaden, für dessen Ersatz nicht eine der

Digitized by Google

bestimmten Deliktsklagen verwendbar erscheint, eine der actio legis Aquiliae nachgebildete actio in factum statt. Gegen solche Ausdehnung der Schadensersatzpflicht ist in neuerer Zeit mit Erfolg Widerspruch erhoben worden (Ihering, Windscheid). Der Entwurf hat den Streit dahin entschieden, daß eine Haftung für sogen. außerkontraktliche Verschuldung nur stattfinden soll, wenn die schädigende, auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit des Handelnden zurückzuführende Handlung eine widerrechtliche ist. Den Schaden, der durch eine aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit begangene widerrechtliche Handlung einem Anderen zugefügt wird, hat der Handelnde, welcher die Entstehung des Schadens, wenn auch nicht den Umfang desselben, vorausgesehen hat oder bei Beobachtung der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters voraussehen mußte, zu ersetzen (§ 704, Abs. 1). Als widerrechtlich soll auch eine an sich erlaubte Handlung gelten, wenn sie einem Anderen zum Schaden gereicht und ihre Vornahme gegen die guten Sitten verstößt (§ 705). Wenn aber aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit durch eine widerrechtliche Handlung das Recht eines Anderen verletzt wird, so soll der Handelnde zum Schadensersatze selbst in dem Falle verpflichtet sein, daß die Entstehung des Schadens nicht vorauszusehen war (§ 704, Abs. 2).

Die Fassung dieser Rechtssätze ist keine ganz glückliche. Es ist nicht klar, wie der Entwurf die Bedeutung der Widerrechtlichkeit und die der Verletzung des Rechtes eines Anderen in ihrem Verhältniß zur Schadensersatzpflicht bestimmen will. Wenn nämlich der Entwurf neben den im § 704 Abs. 1 bestimmten Folgen einer widerrechtlichen Handlung im § 704 Abs. 2 die Folgen einer durch eine widerrechtliche Handlung begangenen Verletzung des Rechtes eines Anderen festsetzt, so muß man annehmen, daß die durch Vorsatz oder Fahrlässigkeit begangene Verletzung des Rechtes eines Anderen an sich noch keine widerrechtliche Handlung sein soll, und daß ihr, wenn sie die im § 704 Abs. 2 ihr beigelegten Folgen nach sich ziehen soll, noch ein anderes Erforderniß der Widerrechtlichkeit anzuhaften hat. Man ist also genöthigt, an die Frage heranzutreten, welches Erforderniß gemeint ist. Der Entwurf enthält die Lösung des Räthsels nicht. Nach den Motiven (II, 725 f.) soll unter der widerrechtlichen Handlung des § 704 Abs. 1 ein Handeln gegen ein absolutes Verbotsgesetz verstanden werden. Zum Verständniß des § 704 Abs. 2 aber wird in den Motiven bemerkt, ebenso zweifellos widerrechtlich, wie die Uebertretung eines Verbotsgesetzes, sei die Verletzung des einem Anderen zustehenden absoluten Rechtes. Der erste Satz des § 704 soll also die Schadensersatzpflicht, welche aus der Uebertretung eines Verbotsgesetzes entsteht, normiren, der zweite über die Schadensersatzpflicht Bestimmung treffen, welche sich aus der Verletzung des subjektiven Rechtes eines Anderen

Digitized by Google

ergibt. Man wird sagen dürfen, daß diese Absicht der Verfasser des Entwurfs sich hinter den Worten des § 704 verbirgt. Und man sieht nicht, aus welchem Grunde der Entwurf die einfachen Sätze, die er nach den Motiven aussprechen will, wie angegeben, verhüllt.

Logisch mangelhaft erweist sich die Fassung des § 705. Derselbe will ausdrücken, daß dem Verbotsgesetze, welches eine Handlung zu einer widerrechtlichen stempelt, der in der Vornahme einer Handlung liegende Verstoß gegen die guten Sitten gleichgestellt sein soll. Was soll aber das im § 705 enthaltene Erforderniß, daß die Handlung einem Anderen zum Schaden gereiche, besagen? Ohne Schaden besteht kein Schadensersatzanspruch. Aber widerrechtlich kann eine Handlung nach dem richtig verstandenen Gedanken des § 705 doch nur dadurch werden, daß der Entwurf der Verletzung eines Verbotsgesetzes die Verletzung der guten Sitten gleichstellt.

Ein anderes Bedenken betrifft den Schlußsatz des § 704 Abs. 2. Als Verletzung eines subjektiven Rechtes im Sinne des § 704 Abs. 2 soll nach dem Schlußsatze des Parapraphen auch die Verletzung des Lebens, der Gesundheit, der Freiheit und der Ehre angesehen werden. Die Motive (II, 727) bemerken, daß unter den Rechten des § 704 Abs. 2 die absoluten Rechte zu verstehen seien, also außer den im Schlußsatze des Paragraphen angegebenen „Rechten" auch die Rechte, die nach der hergebrachten Auffassung mit einer actio in rem geschützt werden, nicht die persönlichen Rechte gegen einen bestimmten Verpflichteten. Der § 704 giebt dieser Beschränkung keinen Ausdruck. Dieselbe liegt auch nicht in der Natur der Sache, und ihre Begründung in den Motiven ist zu beanstanden. Auch der Forderungsberechtigte bedarf eines gewissen absoluten, dem Schutze der actiones in rem nachgebildeten Rechtsschutzes gegen Verkümmerungen seines Forderungsrechtes Anderen als dem Schuldner gegenüber. Dies Bedürfniß wird in den Motiven nicht anerkannt. Daß es besteht, ergibt sich daraus, daß dem Gläubiger, dessen Forderungsrecht von dem Gläubiger eines Anderen als ein diesem letzteren gehöriges Recht im Wege der Zwangsvollstreckung oder des Sicherheitsarrestes gepfändet worden ist, eine Klage, um der Pfändung zu widersprechen und die Verkümmerung des Forderungsrechtes zu beseitigen, gegen den, der die Pfändung betrieben hat, nicht versagt werden kann (R.G. Entsch. IV S. 111, XII S. 379). In einem solchen Falle enthält die Pfändung aber auch die Verletzung des subjektiven Rechtes eines Anderen. Und man wird, dem im § 704 angenommenen Rechtsgedanken folgend, trotz den Motiven eine Schadensersatzklage bei vorsätzlichem oder fahrlässigem Verhalten dessen, der die Zwangsvollstreckung oder den Arrest betrieben hat, ebenso geben

Digitized by Google

müssen, wie wenn die Pfändung eine im Eigenthume eines Dritten stehende körperliche Sache betroffen hat.

12. C. Verschulden bei Vertragsunterhandlungen.

Verschulden bei Vertragsunterhandlungen und seine Folgen sind in neuerer Zeit Gegenstand vielfacher Erörterungen gewesen. Diese Erörterungen stehen im Zusammenhange mit den Untersuchungen, welche die Bedeutung des Zwiespaltes zwischen Wille und Erklärung der Möglichkeit des Zustandekommens eines Vertrages gegenüber betreffen. Man hat das Bedürfniß erkannt, bei Vertragsunterhandlungen, aus denen ein Vertragschluß mit den auf der Willenseinigung beruhenden Vertragsrechten nicht entstanden ist, sei es, daß die Voraussetzungen der Entstehung von Anfang an gefehlt haben, sei es, daß von der einen oder der anderen Seite die Entstehung gehindert worden ist, demjenigen, der in Folge seiner durch das Verhalten des Anderen veranlaßten, aber demnächst getäuschten Erwartung des Zustandekommens eines Vertrages Schaden gelitten hat, gegen den Anderen einen Anspruch auf Schadensersatz, auf das sogen. negative Vertragsinteresse (Ihering), zu geben. Von anderer Seite (Mommsen) ist ein solches Forderungsrecht des Geschädigten bestritten worden. Das Bedürfniß, welches schon in der älteren gemeinrechtlichen Theorie einer Schadensersatzklage wegen Verschuldens bei Vertragsunterhandlungen im Anschlusse an die Erweiterungen der actio legis Aquiliae Bahn gebrochen und im preußischen Rechte ebenfalls zur Zulassung einer Schadensersatzklage aus dem bei Abschluß eines Vertrages begangenen Versehen geführt hatte (A.L.R. I, 5, § 284), hat aber obgesiegt. Und die herrschende Meinung erkennt ein Klagrecht des bei Vertragsunterhandlungen, die zu keinem Vertragschlusse geführt haben, durch das Verhalten des anderen Theiles Geschädigten auf Schadensersatz in einer Reihe von Fällen an. Aus der Behandlung derselben ist ein allgemeiner Rechtsgrundsatz gewonnen worden, nach welchem derjenige, welcher bei Vertragsunterhandlungen durch Fahrlässigkeit den anderen Theil schädigt, für den Ersatz dieses Schadens haftet.

Der Entwurf hat einen allgemeinen Rechtssatz des angegebenen Inhalts nicht aufgestellt. In einigen jener Fälle hat er eine Klage auf Leistung des sogenannten negativen Vertragsinteresses allerdings gegeben, in anderen aber für das praktische Bedürfniß in anderer Weise, als durch Gewährung eines Entschädigungsanspruchs Sorge getragen. Die herrschende Meinung nimmt an, daß ein unter Abwesenden gemachtes Vertragsangebot zwar bis zum Zeitpunkte des Vertragschlusses selbst von dem Anbietenden zurückgenommen werden kann,

Digitized by Google

daß aber der Anbietende, wenn er widerruft, dem, der das Angebot angenommen und im Vertrauen auf das Wort des Anbietenden sein Verhalten dem Vertrage, dessen Zustandekommen zu erwarten war, angepaßt, dadurch aber Schaden erlitten hat, Ersatz dieses Schadens zu leisten verpflichtet ist. Der Entwurf läßt den Anbietenden der Regel nach an sein Vertragsangebot von dem Zeitpunkte an, in welchem es dem Anderen zukommt, gebunden sein (oben § 4). Der Ausnahmefall vertragsmäßiger Ausschließung jenes Gebundenseins scheint eine Vorsorge des Rechtes dahin, daß bei einem Widerrufe des Vertragsangebotes ein Anspruch auf das negative Vertragsinteresse gegeben werde, nicht zu erfordern.

Auch in dem Falle, in welchem derjenige, der das Vertragsangebot gemacht hat, stirbt und das letztere damit nach der hergebrachten Auffassung die Möglichkeit verliert, durch Annahme zum Vertragschluß zu führen, wird ein Anspruch auf das negative Vertragsinteresse gegen die Erben des Anbietenden zugebilligt (Windscheid). Der Entwurf läßt regelmäßig die Erben des Anbietenden an das Vertragsangebot ebenso gebunden sein, wie den Erblasser (§ 89). Von dem Ausnahmefalle vertragsmäßiger Ausschließung des Gebundenseins der Erben gilt, was oben gesagt ist.

Ein Anspruch auf das negative Vertragsinteresse wird ferner bei einem Widerrufe der Auslobung zu Gunsten dessen anerkannt, der mit der vorgeschriebenen Thätigkeit begonnen und zum Zwecke derselben Aufwendungen gemacht hat (Windscheid). Der Entwurf erkennt einen solchen Anspruch nicht an.

In den Fällen, in denen nach der älteren Meinung (oben § 7) ein Widerspruch zwischen dem wahren Willen und der Willenserklärung den Vertragschluß unmöglich macht, wird demjenigen, der sich dem scheinbar zu Stande gekommenen Vertrage gemäß verhalten und dadurch Schaden erlitten hat, ein Anspruch auf Schadensersatz gegen den, der den Irrthum verschuldet hat, gegeben. Der Entwurf hat für diese Fälle die Ansicht derer angenommen, die bei einer groben Fahrlässigkeit dessen, welcher zu dem Irrthume Veranlassung gegeben, den Vertrag als zu Stande gekommen ansehen (§§ 98, 99 Abs. 1). Es bleibt mithin noch der Fall übrig, in welchem die Fahrlässigkeit dessen, der den Irrthum veranlaßt hat, keine grobe ist. In diesem Falle läßt der Entwurf den, dem die Fahrlässigkeit zur Last fällt, für Schadensersatz, aber nicht über den Betrag hinaus haften, den er bei Voraussetzung der Gültigkeit der Willenserklärung wegen Nichterfüllung der daraus entstandenen Verpflichtung zu ersetzen gehabt hätte (§§ 97, 98). Hier kommt also die Lehre vom negativen Vertragsinteresse zur Geltung.

Digitized by Google

Auch in dem Falle, in welchem der Rechtswirksamkeit eines Vertrages die persönliche Geschäftsunfähigkeit des einen Theiles entgegensteht, wird demjenigen, der im Vertrauen auf die Rechtswirksamkeit Schaden erlitten hat, eine Klage gegen den Anderen, der den Irrthum verschuldet hat, auf Schadensersatz gegeben (Ihering). Einen ähnlichen Rechtsgedanken spricht das allgemeine preußische Landrecht (I, 5 § 33) aus. Der Entwurf enthält eine dem in Frage stehenden Bedürfnisse abhelfende Bestimmung nicht.

Zu den Fällen, in denen eine Klage auf das sogenannte negative Vertragsinteresse wegen Verschuldung gegeben wird, gehört ferner der Fall einer schon zur Zeit der Abgabe des Leistungsversprechens vorhandenen objektiven Unmöglichkeit der Leistung (Verkauf einer nicht vorhandenen Erbschaft, Verkauf einer res extra commercium). Derjenige, dem die unmögliche Leistung versprochen worden ist, hat, wenn er selbst ohne eigene Schuld die Leistung für möglich gehalten, Anspruch auf Schadensersatz. Es wird aber darüber gestritten, ob ihm der Anspruch nur bei grober Fahrlässigkeit des Versprechenden (Mommsen) oder auf Grund der Verschuldung, die darin gefunden werden muß, daß der Andere die Leistung versprochen hat, ohne der Möglichkeit, das Versprochene zu leisten, völlig gewiß zu sein (Ihering), oder ganz ohne Rücksicht auf Verschuldung lediglich auf Grund der Thatsache, daß der Andere die unmögliche Leistung versprochen hat, gegeben ist (Windscheid). Der Entwurf entscheidet die Streitfrage in Uebereinstimmung mit der zuletzt verzeichneten Ansicht dahin, daß derjenige, der bei der Willenseinigung, die sich äußerlich als Vertragschließung darstellt, die Unmöglichkeit der Leistung kannte oder dessen Nichtkenntniß der Unmöglichkeit auf Fahrlässigkeit beruhte, für verpflichtet erklärt wird, dem Anderen, wenn derselbe die Unmöglichkeit nicht kannte noch kennen mußte, Schadensersatz zu leisten. Diese Verpflichtung ist aber dergestalt begrenzt, daß die Ersatzpflicht nicht über den Betrag hinausgeht, den der Verpflichtete bei Voraussetzung der Gültigkeit des Vertrages wegen Nichterfüllung zu zahlen gehabt hätte (§ 345). Der Wortlaut der Bestimmung des Entwurfes unterscheidet nicht ausdrücklich zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit der Leistung. Da nach geltendem Rechte die subjektive Unmöglichkeit der Leistung die Leistungsverpflichtung in der Art bestehen läßt, daß an Stelle der Leistung selbst das Leistungsinteresse tritt, so könnte nach dem Wortlaute jener Bestimmung die Annahme veranlaßt erscheinen, daß die Bestimmung im Widerspruch mit dem geltenden Rechte bei subjektiver wie bei objektiver Unmöglichkeit Anwendung zu finden hätte. Allein die Motive bemerken (II, 44 zu § 237), daß der Entwurf unter der Unmöglichkeit der Leistung nur die objektive Unmöglichkeit

Digitized by Google

verstehe. Dieser objektiven Unmöglichkeit wird das nur subjektive Unvermögen des Schuldners gegenübergestellt. Der Sprachgebrauch des Entwurfs hat sich also der von Hartmann und Brinz vertretenen Auffassung angeschlossen, nach welcher an die Stelle des hergebrachten Ausdruckes „subjektive Unmöglichkeit" die Bezeichnung „subjektive Hindernisse der Leistung", „Unvermögen der Person" treten soll (zu vergl. unten § 14).

Der Begriff des negativen Vertragsinteresses soll nach der Meinung mancher Schriftsteller Verwendung auch in dem Falle finden, in welchem ein Vertrag sich als in der Art zu Stande gekommen darstellt, daß der eine Theil seine zum Inhalte des Vertrages gehörige Willenserklärung im Namen und angeblichen Auftrage eines Dritten abgibt, ohne jedoch von dem letzteren bevollmächtigt zu sein (Laband, Dernburg, Pandekten). Von anderer Seite wird derjenige, der ohne Vollmacht im Namen eines Anderen, wie wenn er Vollmacht hätte, einen Vertrag schließt, zur Leistung des Vertragserfüllungsinteresses für verpflichtet erachtet. Die Einen gründen diese letztere Auffassung auf die in solchem Handel zu findende Uebernahme der Haftung für das Vorhandensein der Vollmacht oder die Ertheilung der Genehmigung (Buchka, Windscheid), die Anderen sehen unter Abweisung der Annahme unmittelbarer Berechtigung und Verpflichtung des Auftraggebers durch den Vertragschluß des Beauftragten den letzteren in allen Fällen für den eigentlichen Vertragschließenden an und gelangen auf diesem Wege zu der Annahme, daß derjenige, der als Beauftragter handele, ohne es zu sein, das Vertragerfüllungsinteresse zu leisten habe (Bähr, Vangerow). Der Entwurf legt nach dem Vorgange des Handelsgesetzbuchs dem Vertreter, wenn derselbe bei Schließung des Vertrages nicht kund gegeben hat, daß er ohne Vertretungsvollmacht sei, und der Vertretene die Genehmigung des Vertrages verweigert, die Vertragserfüllungsverpflichtung auf, indem er dem Anderen die Wahl gibt, von dem Vertreter die Erfüllung selbst oder an deren Stelle Schadenserſatz wegen Nichterfüllung zu fordern (§ 125). Zum Grunde liegt der Rechtsnorm der Gedanke, daß in dem auftraglosen Handeln des angeblichen Vertreters die Uebernahme der Haftung für das Vorhandensein der Vollmacht oder für die Ertheilung der Genehmigung zu finden sei (Motive I, 243, 244).

§ 13. D. Verschulden einer bestehenden Haftung gegenüber.

Im gemeinen Recht besteht keine Uebereinstimmung betreffs der Begriffe, von denen die aus sogenannter kontraktlicher Verschuldung entstehende Schadenserſatzpflicht abhängt. Schwierigkeiten hat schon

Digitized by Google

müssen, wie wenn die Pfändung eine im Eigenthume eines Dritten stehende körperliche Sache betroffen hat.

12. C. Verschulden bei Vertragsunterhandlungen.

Verschulden bei Vertragsunterhandlungen und seine Folgen sind in neuerer Zeit Gegenstand vielfacher Erörterungen gewesen. Diese Erörterungen stehen im Zusammenhange mit den Untersuchungen, welche die Bedeutung des Zwiespaltes zwischen Wille und Erklärung der Möglichkeit des Zustandekommens eines Vertrages gegenüber betreffen. Man hat das Bedürfniß erkannt, bei Vertragsunterhandlungen, aus denen ein Vertragschluß mit den auf der Willenseinigung beruhenden Vertragsrechten nicht entstanden ist, sei es, daß die Voraussetzungen der Entstehung von Anfang an gefehlt haben, sei es, daß von der einen oder der anderen Seite die Entstehung gehindert worden ist, demjenigen, der in Folge seiner durch das Verhalten des Anderen veranlaßten, aber demnächst getäuschten Erwartung des Zustandekommens eines Vertrages Schaden gelitten hat, gegen den Anderen einen Anspruch auf Schadensersatz, auf das sogen. negative Vertragsinteresse (Jhering), zu geben. Von anderer Seite (Mommsen) ist ein solches Forderungsrecht des Geschädigten bestritten worden. Das Bedürfniß, welches schon in der älteren gemeinrechtlichen Theorie einer Schadensersatzklage wegen Verschuldens bei Vertragsunterhandlungen im Anschlusse an die Erweiterungen der actio legis Aquiliae Bahn gebrochen und im preußischen Rechte ebenfalls zur Zulassung einer Schadensersatzklage aus dem bei Abschluß eines Vertrages begangenen Versehen geführt hatte (A.L.R. I, 5, § 284), hat aber obgesiegt. Und die herrschende Meinung erkennt ein Klagrecht des bei Vertragsunterhandlungen, die zu keinem Vertragschlusse geführt haben, durch das Verhalten des anderen Theiles Geschädigten auf Schadensersatz in einer Reihe von Fällen an. Aus der Behandlung derselben ist ein allgemeiner Rechtsgrundsatz gewonnen worden, nach welchem derjenige, welcher bei Vertragsunterhandlungen durch Fahrlässigkeit den anderen Theil schädigt, für den Ersatz dieses Schadens haftet.

Der Entwurf hat einen allgemeinen Rechtssatz des angegebenen Inhalts nicht aufgestellt. In einigen jener Fälle hat er eine Klage auf Leistung des sogenannten negativen Vertragsinteresses allerdings gegeben, in anderen aber für das praktische Bedürfniß in anderer Weise, als durch Gewährung eines Entschädigungsanspruchs Sorge getragen. Die herrschende Meinung nimmt an, daß ein unter Abwesenden gemachtes Vertragsangebot zwar bis zum Zeitpunkte des Vertragschlusses selbst von dem Anbietenden zurückgenommen werden kann,

Digitized by Google

daß aber der Anbietende, wenn er widerruft, dem, der das Angebot angenommen und im Vertrauen auf das Wort des Anbietenden sein Verhalten dem Vertrage, dessen Zustandekommen zu erwarten war, angepaßt, dadurch aber Schaden erlitten hat, Ersatz dieses Schadens zu leisten verpflichtet ist. Der Entwurf läßt den Anbietenden der Regel nach an sein Vertragsangebot von dem Zeitpunkte an, in welchem es dem Anderen zukommt, gebunden sein (oben § 4). Der Ausnahmefall vertragsmäßiger Ausschließung jenes Gebundenseins scheint eine Vorsorge des Rechtes dahin, daß bei einem Widerrufe des Vertragsangebotes ein Anspruch auf das negative Vertragsinteresse gegeben werde, nicht zu erfordern.

Auch in dem Falle, in welchem derjenige, der das Vertragsangebot gemacht hat, stirbt und das letztere damit nach der hergebrachten Auffassung die Möglichkeit verliert, durch Annahme zum Vertragschluß zu führen, wird ein Anspruch auf das negative Vertragsinteresse gegen die Erben des Anbietenden zugebilligt (Windscheid). Der Entwurf läßt regelmäßig die Erben des Anbietenden an das Vertragsangebot ebenso gebunden sein, wie den Erblasser (§ 89). Von dem Ausnahmefalle vertragsmäßiger Ausschließung des Gebundenseins der Erben gilt, was oben gesagt ist.

Ein Anspruch auf das negative Vertragsinteresse wird ferner bei einem Widerrufe der Auslobung zu Gunsten dessen anerkannt, der mit der vorgeschriebenen Thätigkeit begonnen und zum Zwecke derselben Aufwendungen gemacht hat (Windscheid). Der Entwurf erkennt einen solchen Anspruch nicht an.

In den Fällen, in denen nach der älteren Meinung (oben § 7) ein Widerspruch zwischen dem wahren Willen und der Willenserklärung den Vertragschluß unmöglich macht, wird demjenigen, der sich dem scheinbar zu Stande gekommenen Vertrage gemäß verhalten und dadurch Schaden erlitten hat, ein Anspruch auf Schadenersatz gegen den, der den Irrthum verschuldet hat, gegeben. Der Entwurf hat für diese Fälle die Ansicht derer angenommen, die bei einer groben Fahrlässigkeit dessen, welcher zu dem Irrthume Veranlassung gegeben, den Vertrag als zu Stande gekommen ansehen (§§ 98, 99 Abs. 1). Es bleibt mithin noch der Fall übrig, in welchem die Fahrlässigkeit dessen, der den Irrthum veranlaßt hat, keine grobe ist. In diesem Falle läßt der Entwurf den, dem die Fahrlässigkeit zur Last fällt, für Schadenersatz, aber nicht über den Betrag hinaus haften, den er bei Voraussetzung der Gültigkeit der Willenserklärung wegen Nichterfüllung der daraus entstandenen Verpflichtung zu ersetzen gehabt hätte (§§ 97, 98). Hier kommt also die Lehre vom negativen Vertragsinteresse zur Geltung.

Digitized by Google

Auch in dem Falle, in welchem der Rechtswirksamkeit eines Vertrages die persönliche Geschäftsunfähigkeit des einen Theiles entgegensteht, wird demjenigen, der im Vertrauen auf die Rechtswirksamkeit Schaden erlitten hat, eine Klage gegen den Anderen, der den Irrthum verschuldet hat, auf Schadensersatz gegeben (Ihering). Einen ähnlichen Rechtsgedanken spricht das allgemeine preußische Landrecht (I, 5 § 33) aus. Der Entwurf enthält eine dem in Frage stehenden Bedürfnisse abhelfende Bestimmung nicht.

Zu den Fällen, in denen eine Klage auf das sogenannte negative Vertragsinteresse wegen Verschuldung gegeben wird, gehört ferner der Fall einer schon zur Zeit der Abgabe des Leistungsversprechens vorhandenen objektiven Unmöglichkeit der Leistung (Verkauf einer nicht vorhandenen Erbschaft, Verkauf einer res extra commercium). Derjenige, dem die unmögliche Leistung versprochen worden ist, hat, wenn er selbst ohne eigene Schuld die Leistung für möglich gehalten, Anspruch auf Schadensersatz. Es wird aber darüber gestritten, ob ihm der Anspruch nur bei grober Fahrlässigkeit des Versprechenden (Mommsen) oder auf Grund der Verschuldung, die darin gefunden werden muß, daß der Andere die Leistung versprochen hat, ohne der Möglichkeit, das Versprochene zu leisten, völlig gewiß zu sein (Ihering), oder ganz ohne Rücksicht auf Verschuldung lediglich auf Grund der Thatsache, daß der Andere die unmögliche Leistung versprochen hat, gegeben ist (Windscheid). Der Entwurf entscheidet die Streitfrage in Uebereinstimmung mit der zuletzt verzeichneten Ansicht dahin, daß derjenige, der bei der Willenseinigung, die sich äußerlich als Vertragschließung darstellt, die Unmöglichkeit der Leistung kannte oder dessen Nichtkenntniß der Unmöglichkeit auf Fahrlässigkeit beruhte, für verpflichtet erklärt wird, dem Anderen, wenn derselbe die Unmöglichkeit nicht kannte noch kennen mußte, Schadensersatz zu leisten. Diese Verpflichtung ist aber dergestalt begrenzt, daß die Ersatzpflicht nicht über den Betrag hinausgeht, den der Verpflichtete bei Voraussetzung der Gültigkeit des Vertrages wegen Nichterfüllung zu zahlen gehabt hätte (§ 345). Der Wortlaut der Bestimmung des Entwurfes unterscheidet nicht ausdrücklich zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit der Leistung. Da nach geltendem Rechte die subjektive Unmöglichkeit der Leistung die Leistungsverpflichtung in der Art bestehen läßt, daß an Stelle der Leistung selbst das Leistungsinteresse tritt, so könnte nach dem Wortlaute jener Bestimmung die Annahme veranlaßt erscheinen, daß die Bestimmung im Widerspruch mit dem geltenden Rechte bei subjektiver wie bei objektiver Unmöglichkeit Anwendung zu finden hätte. Allein die Motive bemerken (II, 44 zu § 237), daß der Entwurf unter der Unmöglichkeit der Leistung nur die objektive Unmöglichkeit

Digitized by Google

verstehe. Dieser objektiven Unmöglichkeit wird das nur subjektive Unvermögen des Schuldners gegenübergestellt. Der Sprachgebrauch des Entwurfs hat sich also der von Hartmann und Brinz vertretenen Auffassung angeschlossen, nach welcher an die Stelle des hergebrachten Ausdruckes „subjektive Unmöglichkeit" die Bezeichnung „subjektive Hindernisse der Leistung", „Unvermögen der Person" treten soll (zu vergl. unten § 14).

Der Begriff des negativen Vertragsinteresses soll nach der Meinung mancher Schriftsteller Verwendung auch in dem Falle finden, in welchem ein Vertrag sich als in der Art zu Stande gekommen darstellt, daß der eine Theil seine zum Inhalte des Vertrages gehörige Willenserklärung im Namen und angeblichen Auftrage eines Dritten abgibt, ohne jedoch von dem letzteren bevollmächtigt zu sein (Laband, Dernburg, Pandekten). Von anderer Seite wird derjenige, der ohne Vollmacht im Namen eines Anderen, wie wenn er Vollmacht hätte, einen Vertrag schließt, zur Leistung des Vertragserfüllungsinteresses für verpflichtet erachtet. Die Einen gründen diese letztere Auffassung auf die in solchem Handel zu findende Uebernahme der Haftung für das Vorhandensein der Vollmacht oder die Ertheilung der Genehmigung (Buchka, Windscheid), die Anderen sehen unter Abweisung der Annahme unmittelbarer Berechtigung und Verpflichtung des Auftraggebers durch den Vertragschluß des Beauftragten den letzteren in allen Fällen für den eigentlichen Vertragschließenden an und gelangen auf diesem Wege zu der Annahme, daß derjenige, der als Beauftragter handele, ohne es zu sein, das Vertragerfüllungsinteresse zu leisten habe (Bähr, Vangerow). Der Entwurf legt nach dem Vorgange des Handelsgesetzbuchs dem Vertreter, wenn derselbe bei Schließung des Vertrages nicht kund gegeben hat, daß er ohne Vertretungsvollmacht sei, und der Vertretene die Genehmigung des Vertrages verweigert, die Vertragserfüllungsverpflichtung auf, indem er dem Anderen die Wahl gibt, von dem Vertreter die Erfüllung selbst oder an deren Stelle Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern (§ 125). Zum Grunde liegt der Rechtsnorm der Gedanke, daß in dem auftraglosen Handeln des angeblichen Vertreters die Uebernahme der Haftung für das Vorhandensein der Vollmacht oder für die Ertheilung der Genehmigung zu finden sei (Motive I, 243, 244).

§ 13. D. Verschulden einer bestehenden Haftung gegenüber.

Im gemeinen Recht besteht keine Uebereinstimmung betreffs der Begriffe, von denen die aus sogenannter kontraktlicher Verschuldung entstehende Schadensersatzpflicht abhängt. Schwierigkeiten hat schon

Digitized by Google

die Bestimmung des Verhältnisses gemacht, in welches die diligentia zur culpa zu bringen ist, nämlich die Frage, ob, wo in den Quellen von diligentia und von culpa die Rede ist, unter culpa nur die Abwesenheit der diligentia verstanden werden soll, oder ob die Verpflichtung zur Beobachtung der diligentia eine weitergehende Verpflichtung, als die, für die Folgen der culpa aufzukommen, einschließt. Entstanden sind diese Schwierigkeiten dadurch, daß die Quellen Aussprüche der Juristen aus den verschiedenen Entwickelungsstadien des Begriffes der Verschuldung enthalten. Nach der gegenwärtig wohl kaum mehr bestrittenen Meinung ist die culpa nur die negative Seite der diligentia als der von einem diligens paterfamilias in eigenen Angelegenheiten gewöhnlich beobachteten Sorgfalt. Streit besteht aber gegenwärtig noch, auch abgesehen von der bereits erörterten Streitfrage, welche die Stelle betrifft, die der culpa lata zwischen dolus und culpa levis anzuweisen ist (oben § 10), über den Begriff der custodia. Es wird nämlich darüber gestritten, unter welchen Voraussetzungen und bis zu welchem Grade die Haftung für diligentia in den Fällen gesteigert wird, in denen die Quellen dem Verpflichteten die Haftung für custodia auflegen.

Der Entwurf hat diese Streitfragen abgeschnitten, indem er sich mit den Begriffen „Fahrlässigkeit" und „grobe Fahrlässigkeit" begnügt und mit ihnen die Haftung dessen regelt, der einem Anderen aus einem bestehenden Haftungsverhältnisse zu einer Leistung verpflichtet ist.

Betreffs des in den einzelnen Haftungsverhältnissen zu vertretenden Grades der Verschuldung hat der Entwurf seine Normen der im gemeinen Rechte herrschenden Meinung vielfach angepaßt, sie aber in mehrfacher Hinsicht vereinfacht. Er läßt die in einem Haftungsverhältnisse Stehenden der Regel nach für alle Fahrlässigkeit gegenüber der Erfüllungsverpflichtung haften (§ 224). In gewissen Fällen schränkt er die Haftung in der Art ein, daß er sie nur für grobe Fahrlässigkeit eintreten läßt, in anderen dahin, daß der Verpflichtete, der die Sorpfalt eines ordentlichen Hausvaters nicht beobachtet hat, mit der Entschuldigung zu hören ist, daß er in eigenen Angelegenheiten einen höheren Grad von Sorgfalt nicht anzuwenden pflege, als den von ihm in der fraglichen Angelegenheit angewendeten. Es sind hier zwar überall die Gesichtspunkte des gemeinen Rechts eingenommen. Allein im Einzelnen sind die Normen des Entwurfes anders ausgestaltet.

Nach gemeinem Recht haftet, wer ein Rechtsgeschäft zu eigenem Vortheil vornimmt, für omnis culpa. Dasselbe gilt von dem, der bei Eingehung des Geschäfts für sich ein besonderes Vertrauen bean-

Digitized by Google

spricht, auch wenn das Geschäft nicht den eigenen Vortheil, sondern den des Anderen angeht. Im Uebrigen haftet, wer das Rechtsgeschäft zum Vortheil des Anderen, nicht zu eigenem Vortheil übernimmt, nur für culpa lata. Dies ist die Lage des Schenkers, des Kommodanten, des Depositars, der die Sache ohne Lohn in Verwahrung genommen hat, ferner die des Fiduciars, der den empfangenen Gegenstand des Fideikommisses vollständig herauszugeben hat. Wer ohne Auftrag fremde Geschäfte besorgt, haftet regelmäßig für omnis culpa. In Ausnahmefällen, insbesondere in dem durch die l. 3 § 9 D. de neg. gest. (3, 5), über deren Auslegung jedoch Streit herrscht, vorgesehenen Nothfalle ist seine Haftung auf culpa lata beschränkt. Mit der Entschuldigung, daß er in eigenen Angelegenheiten einen höheren Grad von Sorgfalt, als den in den fraglichen Geschäften angewendeten, nicht zu beobachten pflege, wird der Verpflichtete gehört, wenn es sich um Verpflichtungen von Gesellschaftern, Miteigenthümern, Miterben unter einander, um die Verpflichtung des Ehemannes zur Verwaltung der dos, des Vormundes zur Verwaltung von Mündelvermögen handelt.

Der Entwurf hat einen Rechtssatz, nach welchem die Beschränkung der Haftung auf grobe Fahrlässigkeit eintritt, wenn nur der Andere Vortheil von dem Geschäfte hat, nicht aufgestellt. Aber er läßt den Schenker (§ 442) und den Verleiher (§ 550), ebenso wie dies das gemeine Recht thut, nur für grobe Fahrlässigkeit haften. Der Depositar steht innerhalb der Rechtsregel. Er haftet also, auch wenn er für die Aufbewahrung eine Vergütung nicht zu beanspruchen hat, für jede Fahrlässigkeit. Auch der Fiduciar hat nach dem Entwurf keinen Anspruch auf die Stellung, die nach gemeinem Rechte gegenüber der Haftung für culpa denen zukommt, welchen aus dem Geschäft kein Vortheil erwächst. Schenker und Verleiher sind die einzigen, die auf Grund der bestehenden Haftungsverhältnisse der Entwurf nur für grobe Fahrlässigkeit haften läßt. Der Geschäftsführer ohne Auftrag haftet regelmäßig für jede Fahrlässigkeit (§ 749). Auf grobe Fahrlässigkeit ist seine Haftung beschränkt, wenn er zu dem Zwecke gehandelt hat, um von der Person oder dem Vermögen des Geschäftsherrn eine dringende Gefahr abzuwenden (§ 750). Nur für den Grad der Sorgfalt, den sie in eigenen Angelegenheiten zu beobachten pflegen, haften nach dem Entwurf die Gesellschafter unter sich (§ 633), der Ehegatte in Ansehung der Erfüllung von Verpflichtungen, die ihm in Folge des gesetzlichen oder vertragsmäßigen Güterrechtes gegenüber dem anderen Ehegatten obliegen (§ 1279), die Ehefrau bei Vertretung des Ehemannes innerhalb des häuslichen Wirkungskreises (§§ 1278, 1279). In den Fällen, in denen das gemeine Recht noch außerdem

Digitized by Google

die Haftung auf die diligentia quam suis beschränkt, macht der Entwurf diese Ausnahme nicht. Der Vormund wird in Ansehung der Erfüllung der ihm gegen den Mündel obliegenden Verpflichtungen ausdrücklich als für die Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters verhaftet bezeichnet (§ 1696). Die gleiche Stellung haben der Gegenvormund (§ 1696), der Pfleger (§ 1743) und der Vater betreffs der ihm obliegenden Sorge für das Vermögen der Kinder (§ 1503).

Im gemeinen Recht wird, vorzugsweise im Anschluß an die l. 32 D. dep. (16, 3), der Satz aufgestellt, daß die Folgen einer jeden Verschuldung dann zu vertreten sind, wenn die Verschuldung sich als eine Fahrlässigkeit darstellt, die der Verpflichtete in eigenen Angelegenheiten nicht begeht. Dem Satze ist Raum, zur Anwendung zu kommen, gegeben, wenn der Verpflichtete an sich nur für culpa lata haftet und die Verschuldung an sich hinter dem Maße der culpa lata zurückbleibt. Der Satz ist aber ebenso bestritten, wie die Auslegung der Stelle. Der Entwurf hat ihn nicht aufgenommen. Ein Bedürfniß dafür wird auch nicht anzuerkennen sein, zumal bei der geringen Anzahl der Fälle, in denen nach dem Entwurf das Verhalten des Verpflichteten hinter der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters zurückbleiben darf.

§ 14. E. Unmöglichwerden der Leistung.

Ist der nach entstandener Verpflichtung zur Leistung erfolgte Eintritt der Unmöglichkeit der Leistung die Folge einer Verschuldung des Verpflichteten, so richtet sich die Haftung des letzteren nach dem Grade der Schuld, für den er nach der Natur des Vertrages oder der sonst begründeten Haftung aufzukommen hat. Wenn darnach die Unmöglichkeit von dem Verpflichteten zu vertreten ist, so tritt an die Stelle der Leistung selbst das Leistungsinteresse. Diesen Grundsatz spricht der Entwurf, der hierin mit dem geltenden Rechte übereinstimmt, im § 240 aus. Daneben sieht der Entwurf noch den Fall der Unmöglichkeit nur eines Theiles der Leistung vor. Diesen Fall stellt er, wenn der möglich gebliebene Theil der Leistung für den Gläubiger kein Interesse mehr hat, dem Falle der Unmöglichkeit der ganzen Leistung in der Art gleich, daß er dem Gläubiger die Befugniß gibt, unter Ablehnung oder Zurückgewährung dieses Theiles Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit zu verlangen (§ 242).

Allein auch wenn eine Verschuldung des Verpflichteten überall nicht der Grund der Unmöglichkeit der Leistung ist, und abgesehen

Digitized by Google

von dem Falle einer besonders verabredeten Uebernahme der Verpflichtung, für den Erfolg ohne Rücksicht auf Verschuldung einzustehen, kann eine vertragsmäßige Verpflichtung zur Leistung des Vertragsinteresses bei eingetretener Unmöglichkeit der Vertragsleistung begründet sein. Dieser Fall ist bei den Verträgen gegeben, aus denen der Verpflichtete durch Unmöglichkeit der Leistung nur frei wird, wenn höhere Gewalt die Unmöglichkeit herbeigeführt hat. In der angegebenen Lage befinden sich nach gemeinem Rechte die Schiffer, Gastwirthe und Stallwirthe, nach heutigem Reichsrecht die Frachtführer und die Verfrachter von Seeschiffen, sowie die Eisenbahnunternehmer. Der Entwurf läßt die Gastwirthe, welche gewerbsmäßig Fremde zur Beherbergung aufnehmen, für den Verlust und die Beschädigung von Sachen, die von den im Betriebe dieses Gewerbes aufgenommenen Gästen eingebracht sind, ohne Rücksicht darauf haften, ob ihrerseits ein Verschulden vorliegt. Ausgeschlossen ist die Haftung, wenn der Schaden von dem Gaste verursacht oder durch die Beschaffenheit der eingebrachten Sachen oder durch höhere Gewalt entstanden ist (§ 626).

Der Begriff der höheren Gewalt ist seit der Glossatorenzeit bestritten. Von der einen Seite wird höhere Gewalt schon angenommen, wenn Ereignisse in Frage stehen, welche durch eine gesteigerte Obhut und Fürsorge nicht haben abgewendet werden können, so daß also ein Zufall, der nach der Beschaffenheit der Umstände als unabwendbar anzusehen ist, unter den Begriff der höheren Gewalt fällt (Goldschmidt, Dernburg, Windscheid). Diese Meinung darf als die gegenwärtig herrschende bezeichnet werden. Nach der anderen Ansicht, welche noch bis in die Mitte dieses Jahrhunderts die herrschende gewesen ist (Sintenis, Bluntschli, Exner), wird der Begriff der höheren Gewalt nur durch äußere Ereignisse gedeckt, welche, wie feindlicher Ueberfall, Ueberschwemmung, Bergsturz, vermöge der Art und Wucht des Auftretens die im ordentlichen Laufe des Lebens zu gewärtigenden Zufälle übersteigen. Der Entwurf bestimmt den Begriff der höheren Gewalt nicht. Die alte Streitfrage bleibt also ungelöst.

Es sind noch die Fälle zu erwähnen, in denen die Unmöglichkeit der Leistung auf eine nach der Natur des Sachverhältnisses oder nach dem besonderen Vertragswillen von dem Verpflichteten zu vertretende Verschuldung nicht zurückzuführen ist und auch die Voraussetzungen der Haftung bis zu höherer Gewalt als Grund der Haftung des Verpflichteten für den Eintritt der Unmöglichkeit der Leistung nicht gegeben sind. Für diese Fälle erkennt das geltende Recht ein Freiwerden des Schuldners von der Verpflichtung durch den Eintritt

Digitized by Google

objektiver Unmöglichkeit der Leistung an. Dagegen besteht keine Einigkeit darüber, wie die subjektive Unmöglichkeit der Leistung auf die Verpflichtung des Schuldners wirkt. Nach der einen Ansicht (Mommsen, Windscheid) besteht kein wesentlicher Unterschied zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit. In beiderlei Fällen wird der Schuldner von der Verpflichtung frei. Von anderer Seite (Hartmann, Brinz, zu vergl. oben § 12) wird der Begriff der subjektiven Unmöglichkeit überhaupt als werthlos bezeichnet und — für die allein in Betracht kommenden obligationes bonae fidei — die Ansicht aufgestellt, daß der Schuldner frei wird, wenn ein nach guter Treue die Zurechnung ausschließendes Hinderniß vorliegt.

Der Entwurf macht den Schuldner von der Verpflichtung zur Leistung so lange frei, als die Leistung in Folge eines nach Entstehung des Schuldverhältnisses eingetretenen, vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstandes unmöglich ist. Er läßt den Schuldner von der Verbindlichkeit befreit werden, soweit die Leistung dauernd unmöglich geworden ist (§ 237 Abs. 1). Hieran schließt sich im Absatz 2 der Satz: „Dasselbe gilt, wenn der Schuldner, welcher einen in sich bestimmten Gegenstand zu leisten hat, diesen in Folge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes zu leisten außer Stand gesetzt worden ist." Der Paragraph gibt dem Verständnisse Räthsel auf, deren Lösung in dem Wortlaute nicht zu finden ist. Man ist geneigt, im ersten Absatze, wenn man ihn allein ins Auge faßt, eine Entscheidung der Streitfrage im Sinne Mommsens und Windscheids dahin anzunehmen, daß es bei der nachfolgenden Unmöglichkeit nicht darauf ankomme, ob sie eine objektive oder subjektive sei. Aber der zweite Absatz würde bei dieser Annahme nicht verständlich sein. Er stellt sich, wenn mit der Auffassung Mommsens und Windscheids an ihn herangetreten wird, als eine überflüssige Wiederholung des im ersten Absatze allgemein ausgesprochenen Rechtsgrundsatzes für den besonderen Fall der Unmöglichkeit der Erfüllung einer auf einen in sich bestimmten Gegenstand gerichteten Leistungsverpflichtung dar. Die Motive (II, 45) besagen aber, daß sich der erste Absatz auf die objektive, der zweite auf die subjektive Unmöglichkeit beziehen soll. Die von Hartmann und Brinz aufgestellte Meinung, daß von einer subjektiven Unmöglichkeit der Leistung überhaupt nicht gesprochen werden könne, sondern nur von einem Unvermögen der Person zur Leistung, von subjektiven Hindernissen der Leistung, hat also die Wortfassung beeinflußt. Ich habe kein Verständniß für die Bekämpfung des in Frage stehenden, bisher in Geltung gewesenen Sprachgebrauchs und finde keinen Grund, ein gerade in der Person des Schuldners vorhandenes Unvermögen

Digitized by Google

zur Leistung, das nicht vorhanden sein würde, wenn statt des A der B der Schuldner wäre, nicht als eine auf Seite dieses Schuldners vorhandene, also subjektive Unmöglichkeit der Leistung zu bezeichnen. Der erste Absatz des § 237 scheint mir daher an und für sich auf die subjektive Unmöglichkeit ebenso zu passen, wie der zweite auf die objektive, und umgekehrt. Die Logik und der Geist der Sprache stehen nicht entgegen. Daß das Verständniß des Gesetzes durch die Wahl des Ausdruckes gefördert werde, wird sich also schwerlich behaupten lassen. Die Rechtsprechung mag sich indeß an die fragliche Ausdrucksweise gewöhnen. Wie aber stellt sich sachlich der § 237 zu der in Rede stehenden Streitfrage?

Wird der erste Absatz auf die objektive, der zweite auf die subjektive Unmöglichkeit der Leistung bezogen, so ist die Absicht der Verfasser des Entwurfs dahin gegangen, festzusetzen, daß ein objektives Unmöglichwerden der Leistung den Verpflichteten, wenn nicht einer der Fälle vorliegt, in denen der Verpflichtete die Unmöglichkeit zu vertreten hat, von der Verpflichtung befreit, daß dagegen ein subjektives Unmöglichwerden der Leistung den Verpflichteten nur dann befreit, wenn ein in sich bestimmter Gegenstand zu leisten, und der Verpflichtete diesen Gegenstand in Folge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes zu leisten außer Stand gerathen ist. Dagegen soll in allen anderen Fällen subjektiver Unmöglichkeit der Leistung der Verpflichtete an Stelle der unmöglich gewordenen Leistung für das Leistungsinteresse aufzukommen haben. Die Motive bemerken dazu, es entspreche dem geltenden Rechte, einem nachträglich eintretenden subjektiven Unvermögen zur Leistung keinen Einfluß auf die Verbindlichkeit des Schuldners einzuräumen. Für das gemeine Recht ist diese Annahme als richtig nicht anzuerkennen. Mommsen, den Hartmann selbst als den Hauptbegründer der herrschenden Lehre bezeichnet, ist der entgegengesetzten Ansicht. Hartmann und Brinz, die Gegner Mommsens, erkennen den in den Motiven als dem geltenden Rechte angehörig bezeichneten Satz nur in Ansehung der — für uns nicht in Betracht kommenden — strengen Obligationen, nicht für die obligationes bonae fidei an. In Ansehung der letzteren hat Hartmann (Obl. S. 249) den oben bereits erwähnten Satz, daß der Schuldner frei werde, wenn ein nach guter Treue die Zurechnung ausschließendes Hinderniß der Leistung vorliege, aufgestellt und näher begründet. Und Brinz (Pand. II, S. 324) bemerkt, für die relative, nämlich die nur in der Person des Schuldners vorhandene Unmöglichkeit habe das b. f. iudicium dem Gedanken Raum geboten, daß unverschuldete Unmöglichkeit zur Absolution führen könne, trotzdem die Sache noch existent und feil sei. Die Berufung der Motive auf das geltende Recht ist mir daher, soweit es sich um

Digitized by Google

gemeines Recht handelt, nicht klar geworden. Für das preußische Recht gilt die Ansicht ebenfalls nicht. Wie das französische Recht sich zu der Frage stellt, will ich dahingestellt sein lassen. Nach den von Hartmann (S. 255) erwähnten Beispielen steht aber die französische Praxis ebenfalls nicht auf dem Boden der Motive. Wie indeß die Frage auch nach französischem Rechte zu beantworten sein möchte, das geltende Recht wird so, wie es die Motive thun, zu Gunsten der fraglichen Rechtsauffassung nicht angerufen werden können.

Läßt sich aber, auch abgesehen vom geltenden Rechte, die Unterscheidung zwischen der Leistung eines in sich bestimmten Gegenstandes und anderen Leistungen überhaupt rechtfertigen? Unter einem in sich bestimmten Gegenstande wird, wie auch aus den Motiven (II, 46) erhellt, ein individuell bestimmter Gegenstand, also eine species im Gegensatze zum genus, verstanden. Zweifelhaft ist, ob unter der Leistung eines in sich bestimmten Gegenstandes nur eine Sachleistung oder auch eine Leistung von Handlungen, die ja sprachlich als Gegenstand der Leistung und — unter gewissen Umständen — auch als in sich bestimmter Gegenstand der Leistung sich würden bezeichnen lassen, verstanden werden soll. Die Motive geben über die Bedeutung des Ausdrucks keine sichere Auskunft. Ich kann auch in den Ausführungen der Schriftsteller, welche sich vorzugsweise mit unserer Streitfrage beschäftigt haben, einen das Verständniß sichernden Aufschluß —, wie betreffs der oben bemerkten Unterscheidung zwischen Unmöglichkeit der Leistung und Unvermögen zur Leistung, — nicht finden. Die Stelle scheint mir nicht ungeeignet, zu einem Kreuz der Ausleger zu werden. Aber wie man sie auch aufzufassen haben mag, Bedenken wird sie in jeder Auffassung hervorrufen. Folgendes Beispiel mag dies zeigen: A, welcher zur Uebergabe eines Grundstückes an B verpflichtet ist, verliert die Verfügungsmacht über das Grundstück und wird solchergestalt, ohne daß die Uebergabe objektiv unmöglich ist, in Folge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes außer Stand gesetzt, die Uebergabe vorzunehmen. Er wird also nach dem insoweit zweifelsfreien Inhalte des § 237 Abs. 2 von der Verbindlichkeit frei. Wie aber, wenn A auf dem Grundstücke eine Fabrik betrieben hat und die Verpflichtung nicht auf Uebergabe des Grundstückes, sondern auf Herstellung und Lieferung einer gerade in dieser Fabrik herzustellenden Waare gerichtet ist, der Verpflichtete die Verfügungsmacht über die Fabrik verliert, die letztere eine andere Bestimmung erhält und der Verpflichtete solchergestalt in Folge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes außer Stand gesetzt wird, die Waare herzustellen und zu liefern? Von der Leistung eines in sich bestimmten Gegenstandes wird in diesem letzteren Falle nicht wohl die Rede sein können. Der Ver-

Digitized by Google

pflichtete würde also nach dem Entwurf im zweiten Falle von seiner Verbindlichkeit nicht frei werden. Ein innerer Grund, den zweiten Fall anders zu entscheiden, als den ersten, scheint mir nicht auffindbar. Eine verschiedene Entscheidung beider Fälle würde auch im Widerspruche mit den Ergebnissen stehen, zu denen die oben aufgeführten Schriftsteller trotz ihrer grundsätzlich verschiedenen Auffassung der Frage übereinstimmend gelangen.

§ 15. F. Haftung für fremde Verschuldung.

Der Entwurf bestimmt, daß der Verpflichtete in Ansehung der Erfüllung seiner Verpflichtung für die Verschuldung seines gesetzlichen Vertreters haftet (§ 224, Abs. 2). Der Satz vervollständigt den Aufbau der Rechtseinrichtung der gesetzlichen Vertretung. Für das Rechtssubjekt, das eines gesetzlichen Vertreters bedarf, um Rechtsgeschäfte überhaupt abschließen und Rechte durch dieselben erwerben zu können, muß das auf die Erfüllung des von dem gesetzlichen Vertreter als solchem eingegangenen Rechtsgeschäfts bezügliche Verhalten des Vertreters ebensolche Wirkung haben, wie das eigene Verhalten der Person, die keines Vertreters bedarf, der Erfüllungsverpflichtung gegenüber. Der Entwurf beruft in Uebereinstimmung mit der im neueren gemeinen Rechte zur Geltung gekommenen Auffassung und mit dem preußischen Rechte den Vormund zum gesetzlichen Vertreter des Mündels. Der Vormund tritt, wenn er im Interesse des Mündels handelt, regelmäßig Namens des Mündels auf. Durch ein solches Handeln wird der Mündel ebenso berechtigt wie verpflichtet. Und auch eine Verschuldung des Vormundes gegenüber der durch ihn für den Mündel begründeten Leistungsverpflichtung muß die Haftung des Mündels für den in dem Erfüllungsinteresse bestehenden Schaden begründen.

Abgesehen vom gesetzlichen Vertreter gilt im heutigen gemeinen Rechte der Grundsatz, daß durch die Verschuldung eines Dritten eine bereits bestehende Haftung regelmäßig nur dann erweitert wird, wenn mit jener Verschuldung des Dritten auch eine Verschuldung des eigentlich Verhafteten gegeben ist. Wer also zum Zwecke der Erfüllung einer ihm obliegenden Verpflichtung eine Verrichtung für sich ausführen läßt, haftet für den bei dieser Ausführung dem Berechtigten erwachsenen Schaden regelmäßig nur, wenn ihm eine Verschuldung in der Auswahl der Person, durch welche er die Verrichtung vornehmen läßt, oder in der Beaufsichtigung derselben zur Last fällt. Nicht beschränkt auf den Fall der Verschuldung in der Auswahl oder Aufsicht ist die Haftung für die Verschuldung von Stellvertretern und Gehilfen der Natur der Sache nach bei den Rechtsverhältnissen, in denen die

Digitized by Google

Haftung nur durch die Klarlegung des Vorhandenseins höherer Gewalt begrenzt wird (oben § 14). Darüber hinaus wird von mehreren (u. A. Puchta, Brinz) noch beim Werkverdingungsvertrage eine allgemeine Haftung des Werkmeisters für die Gehilfen, deren sich der Letztere zur Herstellung des Werkes bedient, anerkannt, während von anderer Seite (Windscheid) in den Fällen, in welchen dem Uebernehmer des Werkes die Annahme von Gehilfen vertragsmäßig freisteht, eine Haftung des Werkmeisters nur für Verschuldung in der Auswahl der Gehilfen angenommen wird. Außerhalb der Fälle schon bestehender Haftung kennt das gemeine Recht eine Haftung für fremde Verschuldung noch bei der actio de effusis et deiectis.

Das preußische Recht steht in der Hauptsache ebenfalls auf dem Standpunkte, daß für fremde Verschuldung bei bestehender Haftung regelmäßig nur unter der Voraussetzung der Vernachlässigung der Auswahl oder der Aufsicht eingestanden wird. Den Werkmeister läßt es aber ohne die fragliche Beschränkung für seine Gehilfen haften. Auch setzt es eine allgemeine, nicht auf bestehende Haftungsverhältnisse beschränkte Haftung für den durch Andere zugefügten Schaden insofern fest, als es diejenigen, denen über andere Personen die Aufsicht obliegt, für den Schaden haften läßt, der durch schädigendes Verhalten dieser Personen in Folge Verletzung der Aufsichtspflicht für Dritte entsteht.

Erweiterungen der Haftung für fremde Verschuldung hat ferner das Handelsgesetzbuch (insbesondere im Art. 452) und das Reichshaftpflichtgesetz eintreten lassen. Besonders weit hat das französische Recht die Grenzen der Haftung für fremde Verschuldung gezogen. Auch auf deutschem Boden ist die Erkenntniß, daß durch die römischrechtliche Anschauung das gegenwärtige Rechtsbedürfniß nicht gedeckt wird (Goldschmidt), zum Ausdrucke gelangt. Und eine Erweiterung jener Grenzen ist als eine im Interesse der Befriedigung vorliegender Bedürfnisse des Rechtsverkehrs an das objektive Recht zu stellende Anforderung bezeichnet worden.

Der Entwurf ist dieser Richtung zum Theile gefolgt. Die Hauptänderung, welche das bestehende Recht in der fraglichen Hinsicht durch ihn erhalten soll, besteht in der Aufnahme des Satzes, daß bei bestehender Haftung der Leistungspflichtige allgemein und unbeschränkt für das Verschulden derjenigen Personen zu haften hat, deren er sich zur Bewirkung der Leistung bedient (§ 224, Abs. 2). Damit ist die bereits in Ansehung des Werkmeisters angenommene Haftung für Verschuldung der Gehilfen dahin ausgedehnt worden, daß in allen Rechtsverhältnissen vom Verpflichteten für die durch ihn zur Bewirkung der Leistung angenommenen Gehilfen zu haften ist, und zwar ohne Rück-

Digitized by Google

sicht darauf, ob der Geschäftsherr die Annahme von Gehilfen gestattet hat oder nicht.

Was vom Gehilfen gesagt ist, gilt jedoch nicht vom Substituten. Der Beauftragte, welcher befugter Weise die Besorgung des ihm aufgetragenen Geschäftes einem Anderen übertragen hat, haftet dem Auftraggeber nur wegen einer bei dieser Uebertragung ihm zur Last fallenden Fahrlässigkeit (§ 589). Ebenso haftet aus dem Hinterlegungsvertrage der Verwahrer, welcher befugter Weise die ihm zur Verwahrung übergebene Sache bei einem Anderen hinterlegt, nur wegen einer bei dieser Hinterlegung ihm zur Last fallenden Fahrlässigkeit (§ 616). Wer einem Anderen die Vertragserfüllung überträgt und ihn solchergestalt substituirt, ohne vertragsmäßig dazu befugt zu sein, handelt vertragswidrig und haftet für allen aus seiner Vertragsverletzung dem aus dem Vertrage Berechtigten entstehenden Schaden ohne Rücksicht darauf, ob dem, welchem er die Vertragserfüllung übertragen hat, ein Verschulden zur Last fällt.

Der Entwurf läßt sodann im Anschlusse an die in das preußische Gesetzbuch aufgenommenen Rechtsnormen denjenigen, welcher kraft des Gesetzes über einen Anderen die Aufsicht zu führen verpflichtet ist, für den Ersatz des von diesem Anderen einem Dritten widerrechtlich zugefügten Schadens haften, wenn der zur Aufsicht Verpflichtete die Aufsichtspflicht verletzt hat, und bei Erfüllung derselben ein Schade nicht entstanden sein würde (§ 710 Abs. 1). Dieselbe Verpflichtung legt er demjenigen auf, der an Stelle des durch das Gesetz Verpflichteten die Aufsicht übernommen hat (§ 710 Abs. 2). Er legt ferner in weiterer Ausbildung jener preußischrechtlichen Normen demjenigen, der einen Anderen zur Verrichtung von Handlungen bestellt hat, die Pflicht auf, diesen Anderen zu beaufsichtigen, wenn und soweit es die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters erfordert, und macht ihn bei Verletzung dieser Sorgfalt ersatzpflichtig für den Schaden, den die bestellte Person durch eine in Ausführung ihrer Verrichtungen begangene unerlaubte Handlung einem Dritten zugefügt hat (§ 711).

§ 16. G. Haftung der Körperschaften und Stiftungen für Verschuldung ihrer Vorstände und Beamten.

Nach geltendem Rechte steht denjenigen, welche mit sogenannten juristischen Personen durch deren Vertreter Rechtsgeschäfte eingegangen sind, wegen der dem Vertreter zur Last fallenden, durch Verletzung von Vertragspflichten begangenen Verschuldungen ein Schadensersatzanspruch gegen das vertretene Rechtssubjekt zu. Darüber hinaus ist die Frage der Haftung der sogenannten juristischen Personen für

Digitized by Google

Schadensersatz auf Grund von Verschuldungen der Vertreter streitig. In neuerer Zeit hat sich die Theorie überwiegend für die Annahme einer Verpflichtung der fraglichen Rechtssubjekte zum Ersatze des von dem Vertreter als solchem durch eine rechtswidrige Handlung außerhalb eines Vertrages einem Dritten zugefügten Schadens ausgesprochen. Die Rechtsprechung der gemeinrechtlichen Gerichtshöfe ist ihr zum Theil hierin gefolgt. Dementsprechend wird der Staat in Ansehung des Schadens Dritter aus Verschuldungen der Staatsbeamten bei der Verwaltung des Staatsvermögens als haftbar angesehen. Mehr Zweifel hat die Frage verursacht, ob eine Haftung des Staates auch aus Veranlassung der von Staatsbeamten bei Ausübung staatlicher Hoheitsrechte begangenen schuldhaften Handlungen anzunehmen sei. Die landrechtlich-preußische Rechtsprechung erkennt zwar die Haftung von politischen Gemeinden und von Aktiengesellschaften für den durch Verschuldung ihrer Beamten Dritten zugefügten Schaden an, verneint aber abgesehen von dem Falle der Verletzung von Vertragspflichten die Haftung des Staates für den von Staatsbeamten durch rechtswidriges Verhalten Anderen zugefügten Schaden.

Von den Sätzen des Entwurfes gehört hierher die bereits erwähnte (oben § 15) Bestimmung, welche den Schuldner für das der Verpflichtung zur Erfüllung einer Verbindlichkeit gegenüber begangene Verschulden seines gesetzlichen Vertreters haften läßt (§ 224 Abs. 2). Körperschaften und Stiftungen haften darnach für die ihren Vorstehern als ihren gesetzlichen Vertretern gegenüber einer bestehenden Leistungspflicht zur Last fallenden Verschuldungen.

Nach dem Entwurfe soll ferner für den Schaden, welchen der Vorstand einer Körperschaft oder ein Mitglied des Vorstandes durch eine in Ausübung der Vertretungsmacht begangene widerrechtliche, zum Schadensersatze verpflichtende Handlung einem Dritten zugefügt hat, die Körperschaft haften (§ 46). Die Vorschrift soll auf Stiftungen entsprechende Anwendung finden (§ 61). Diese Sätze müssen zu Zweifeln Veranlassung geben. Das Vermögen der Körperschaften und der Stiftungen wird nur für widerrechtliche Handlungen des Vorstandes und einzelner Mitglieder des Vorstandes als haftbar bezeichnet. Ist dies dahin zu verstehen, daß die Haftung nicht bei widerrechtlichen Handlungen derjenigen zur Vertretung der Körperschaft oder der Stiftung verfassungsmäßig berufenen Personen einzutreten hat, die nicht zum Vorstande gehören? Das Vorhandensein einer Lücke im Gesetz wird nicht verkannt werden können. Die Rechtsprechung würde wenn die Lücke im Gesetz unausgefüllt bliebe, die Analogie zu Hülfe nehmen und mit dem gegenwärtigen Rechtszustande rechnen müssen. Und es erscheint kaum zweifelhaft, daß mit diesen Hilfsmitteln zu

Digitized by Google

einer Ausdehnung der Haftung in der angegebenen Richtung zu gelangen sein würde.

Noch auf eine andere Ungenauigkeit ist aufmerksam zu machen. Oben (am Ende des § 2) ist darauf hingewiesen worden, daß nach der Fassung der §§ 46 und 63 und nach dem Inhalte der zu § 63 gegebenen Motive (I, 124) die Frage zu Bedenken Veranlassung gibt, ob der § 46, wie die Motive zu § 46 (I, 102) wollen, auf den Fiskus zu beziehen ist. Wird letzteres angenommen, so entsteht ein weiteres Bedenken durch den Inhalt der Motive. Dieselben besagen (I, 103), es liege kein Grund vor, die Vertreter des Staates und der Gemeinden, soweit sie in Ausübung privatrechtlicher Vertretungsmacht handeln, anderen Grundsätzen zu unterstellen, als die Vertreter sonstiger Körperschaften. Die öffentlichrechtliche Frage, ob und inwieweit der Staat oder eine Gemeinde denjenigen Schaden zu ersetzen habe, welchen ein Beamter bei Ausübung einer ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt Dritten zufüge, bleibe unberührt und beantworte sich nach den Landesgesetzen. Darnach haben die Verfasser des Entwurfes nicht beabsichtigt, die oben bereits berührte — von Zachariä bejahte — Frage der Haftung des Staates für den Schaden, der aus einer von einem Staatsbeamten bei Ausübung eines staatlichen Hoheitsrechtes begangenen widerrechtlichen Handlung einem Dritten erwachsen ist, bejahend zu entscheiden, offenbar, weil der Entwurf mit der staatsrechtlichen Frage der Zulässigkeit gerichtlicher Entscheidung über die Grenzen der Ausübung staatlicher Hoheitsrechte und die privatrechtlichen Folgen der Ueberschreitung dieser Grenzen nichts zu thun haben soll. Der Wortlaut des § 46, vorausgesetzt, daß dieser Paragraph überhaupt auf den Fiskus zu beziehen ist, steht der Annahme zur Seite, daß auch jene Frage bejaht sein soll. Die Worte decken also den Gedanken nicht, dem sie Ausdruck zu geben bestimmt sind.

Das Vorhandensein einer ferneren Lücke ergibt sich aus folgender Erwägung: Körperschaften und Stiftungen haften für den Ersatz des Schadens, welchen ihr Vorstand oder ein Mitglied des Vorstandes durch eine in Ausübung der Vertretungsmacht begangene widerrechtliche, zum Schadensersatze verpflichtende Handlung einem Dritten zugefügt hat (§ 46). Körperschaften und Stiftungen haften ferner für den Schaden, der aus einer Verschuldung ihrer gesetzlichen Vertreter gegenüber einem für die Körperschaft oder Stiftung begründeten Haftungsverhältnisse dem Berechtigten erwachsen ist (§ 224 Absatz 2). Sie haften also für die Folgen widerrechtlicher Handlungen und für die Folgen der Verschuldung gegenüber bestehenden Haftungsverhältnissen. Aber wie verhält es sich betreffs ihrer Haftung in den

Digitized by Google

Schadensersatz auf Grund von Verschuldungen der Vertreter streitig. In neuerer Zeit hat sich die Theorie überwiegend für die Annahme einer Verpflichtung der fraglichen Rechtssubjekte zum Ersatze des von dem Vertreter als solchem durch eine rechtswidrige Handlung außerhalb eines Vertrages einem Dritten zugefügten Schadens ausgesprochen. Die Rechtsprechung der gemeinrechtlichen Gerichtshöfe ist ihr zum Theil hierin gefolgt. Dementsprechend wird der Staat in Ansehung des Schadens Dritter aus Verschuldungen der Staatsbeamten bei der Verwaltung des Staatsvermögens als haftbar angesehen. Mehr Zweifel hat die Frage verursacht, ob eine Haftung des Staates auch aus Veranlassung der von Staatsbeamten bei Ausübung staatlicher Hoheitsrechte begangenen schuldhaften Handlungen anzunehmen sei. Die landrechtlich-preußische Rechtsprechung erkennt zwar die Haftung von politischen Gemeinden und von Aktiengesellschaften für den durch Verschuldung ihrer Beamten Dritten zugefügten Schaden an, verneint aber abgesehen von dem Falle der Verletzung von Vertragspflichten die Haftung des Staates für den von Staatsbeamten durch rechtswidriges Verhalten Anderen zugefügten Schaden.

Von den Sätzen des Entwurfes gehört hierher die bereits erwähnte (oben § 15) Bestimmung, welche den Schuldner für das der Verpflichtung zur Erfüllung einer Verbindlichkeit gegenüber begangene Verschulden seines gesetzlichen Vertreters haften läßt (§ 224 Abs. 2). Körperschaften und Stiftungen haften darnach für die ihren Vorstehern als ihren gesetzlichen Vertretern gegenüber einer bestehenden Leistungspflicht zur Last fallenden Verschuldungen.

Nach dem Entwurfe soll ferner für den Schaden, welchen der Vorstand einer Körperschaft oder ein Mitglied des Vorstandes durch eine in Ausübung der Vertretungsmacht begangene widerrechtliche, zum Schadensersatze verpflichtende Handlung einem Dritten zugefügt hat, die Körperschaft haften (§ 46). Die Vorschrift soll auf Stiftungen entsprechende Anwendung finden (§ 61). Diese Sätze müssen zu Zweifeln Veranlassung geben. Das Vermögen der Körperschaften und der Stiftungen wird nur für widerrechtliche Handlungen des Vorstandes und einzelner Mitglieder des Vorstandes als haftbar bezeichnet. Ist dies dahin zu verstehen, daß die Haftung nicht bei widerrechtlichen Handlungen derjenigen zur Vertretung der Körperschaft oder der Stiftung verfassungsmäßig berufenen Personen einzutreten hat, die nicht zum Vorstande gehören? Das Vorhandensein einer Lücke im Gesetz wird nicht verkannt werden können. Die Rechtsprechung würde wenn die Lücke im Gesetz unausgefüllt bliebe, die Analogie zu Hülfe nehmen und mit dem gegenwärtigen Rechtszustande rechnen müssen. Und es erscheint kaum zweifelhaft, daß mit diesen Hilfsmitteln zu

Digitized by Google

einer Ausdehnung der Haftung in der angegebenen Richtung zu gelangen sein würde.

Noch auf eine andere Ungenauigkeit ist aufmerksam zu machen. Oben (am Ende des § 2) ist darauf hingewiesen worden, daß nach der Fassung der §§ 46 und 63 und nach dem Inhalte der zu § 63 gegebenen Motive (I, 124) die Frage zu Bedenken Veranlassung gibt, ob der § 46, wie die Motive zu § 46 (I, 102) wollen, auf den Fiskus zu beziehen ist. Wird letzteres angenommen, so entsteht ein weiteres Bedenken durch den Inhalt der Motive. Dieselben besagen (I, 103), es liege kein Grund vor, die Vertreter des Staates und der Gemeinden, soweit sie in Ausübung privatrechtlicher Vertretungsmacht handeln, anderen Grundsätzen zu unterstellen, als die Vertreter sonstiger Körperschaften. Die öffentlichrechtliche Frage, ob und inwieweit der Staat oder eine Gemeinde denjenigen Schaden zu ersetzen habe, welchen ein Beamter bei Ausübung einer ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt Dritten zufüge, bleibe unberührt und beantworte sich nach den Landesgesetzen. Darnach haben die Verfasser des Entwurfes nicht beabsichtigt, die oben bereits berührte — von Zachariä bejahte — Frage der Haftung des Staates für den Schaden, der aus einer von einem Staatsbeamten bei Ausübung eines staatlichen Hoheitsrechtes begangenen widerrechtlichen Handlung einem Dritten erwachsen ist, bejahend zu entscheiden, offenbar, weil der Entwurf mit der staatsrechtlichen Frage der Zulässigkeit gerichtlicher Entscheidung über die Grenzen der Ausübung staatlicher Hoheitsrechte und die privatrechtlichen Folgen der Ueberschreitung dieser Grenzen nichts zu thun haben soll. Der Wortlaut des § 46, vorausgesetzt, daß dieser Paragraph überhaupt auf den Fiskus zu beziehen ist, steht der Annahme zur Seite, daß auch jene Frage bejaht sein soll. Die Worte decken also den Gedanken nicht, dem sie Ausdruck zu geben bestimmt sind.

Das Vorhandensein einer ferneren Lücke ergibt sich aus folgender Erwägung: Körperschaften und Stiftungen haften für den Ersatz des Schadens, welchen ihr Vorstand oder ein Mitglied des Vorstandes durch eine in Ausübung der Vertretungsmacht begangene widerrechtliche, zum Schadensersatze verpflichtende Handlung einem Dritten zugefügt hat (§ 46). Körperschaften und Stiftungen haften ferner für den Schaden, der aus einer Verschuldung ihrer gesetzlichen Vertreter gegenüber einem für die Körperschaft oder Stiftung begründeten Haftungsverhältnisse dem Berechtigten erwachsen ist (§ 224 Absatz 2). Sie haften also für die Folgen widerrechtlicher Handlungen und für die Folgen der Verschuldung gegenüber bestehenden Haftungsverhältnissen. Aber wie verhält es sich betreffs ihrer Haftung in den

Digitized by Google

Fällen, in welchen eine Verschuldung bei den behufs Begründung eines Haftungsverhältnisses gepflogenen Verhandlungen begangen ist, also das sogenannte negative Vertragsinteresse (oben § 12) in Frage steht? Der Entwurf besagt hierüber nichts. Man würde, wenn die Lücke bestehen bliebe, auch hier die Analogie zu Hülfe zu nehmen haben. Aber die Lücke würde sich durch eine Aenderung der Fassung im Interesse der Harmonie des Gesetzbuches leicht ausfüllen lassen.

§ 17. V. Verzug des Schuldners.

Als positive Erfordernisse des Schuldnerverzuges stellt der Entwurf die Fälligkeit der Leistung und die Aufforderung des Schuldners durch den Gläubiger hin, die Leistung zu bewirken (§ 245).

Das letztere Erforderniß ist im gemeinen Rechte bestritten. Der Streit ist in den letzten Jahrzehnten besonders lebhaft geworden. Zum Austrage gebracht ist er gegenwärtig noch nicht. Die Einen behaupten, daß, wenn ein bestimmter Erfüllungszeitpunkt festgesetzt ist, der Verzug mit dem fruchtlosen Ablaufe der Zeit eintrete, ohne daß es einer Aufforderung zur Leistung Seitens des Gläubigers bedürfe (Mommsen, Bangerow, Dernburg). Von anderer Seite wird die Meinung vertheidigt, daß bei Festsetzung eines Erfüllungstermines nur ein Recht des Gläubigers, in dem bestimmten Termine die Leistung zu fordern, gegeben, zum Verzuge aber immer noch Mahnung erforderlich sei (Savigny, Puchta, Brinz). Indeß wird von Vertretern beider Richtungen anerkannt, daß die vertragsmäßige Festsetzung eines Zahlungstermines nothwendig weder in dem Sinne verstanden werden müsse, daß damit eine Verpflichtung des Schuldners, ohne weitere Aufforderung an dem bestimmten Tage zu zahlen, begründet werde, noch auch in dem Sinne, daß die Beifügung des Zahlungstermines nur ein Recht des Gläubigers schaffe, die Zahlung an dem bestimmten Tage zu fordern. Es wird angenommen, daß die Festsetzung eines Zahlungstermines in der einen wie in der anderen Absicht geschehen könne. Von diesem Gesichtspunkt aus betrifft der Streit, ob bei Festsetzung eines vertragsmäßigen Zahlungstermines noch eine Aufforderung Seitens des Gläubigers zur Herbeiführung des Verzuges erforderlich sei, wesentlich nur die Frage, wofür man sich zu entscheiden habe, wenn aus dem Inhalte des Vertrages darüber, wie die Beifügung des Zahlungstermines aufgefaßt werden solle, sich nichts ergebe. In diesem Sinne behandelt insbesondere Windscheid die Streitfrage. Er entscheidet sich dahin, daß, wenn die besonderen Umstände des Falles der Auslegung keine Handhabe bieten, ange-

Digitized by Google

nommen werden müsse, die Hinzufügung des Leistungstermines sei in dem Sinne geschehen, daß dadurch die Mahnung unnöthig werde.

Der Entwurf will die Streitfrage in der Art zum Austrage bringen, daß er regelmäßig Mahnung zur Entstehung des Verzuges erfordert und eine Ausnahme nur eintreten läßt, wenn für die Leistung „eine Zeit nach dem Kalender" oder dergestalt bestimmt sei, daß sie nach erfolgter Kündigung aus dem Kalender sich ergebe. In solchen Fällen soll der Schuldner ohne Mahnung in Verzug kommen, wenn er zur bestimmten Zeit nicht leistet (§ 245 Abs. 2).

Die Motive (II, 57) suchen diese Bestimmung, die sich als neu darstellt, mit dem Bemerken zu rechtfertigen, der Schuldner könne nur unter der Voraussetzung, daß die Erfüllungszeit sich aus dem Kalender ergebe, nicht in Zweifel sein, daß und wann er ohne Mahnung zahlen müsse. Dieser Rechtfertigungsgrund hat wohl keinen sicheren Halt. Dem Willen, daß der Schuldner ohne Mahnung zahlen müsse, läßt sich gewiß auch in anderer Weise ein ausreichend klarer Ausdruck geben, als durch die Bestimmung der Leistungszeit nach dem Kalender. In den Motiven heißt es weiter, die Anwendung der Vorschrift sei nicht auf die Fälle beschränkt, in denen ein genau bestimmter Kalendertag als Leistungszeit festgesetzt sei; es genüge, wenn nur die letztere nach dem Kalender im einzelnen Falle mindestens derart sich ergebe, daß für den Schuldner klar vorliege, wann spätestens geleistet werden müsse. Nach dieser Auffassung geräth also, wenn die Abrede dahin geht, daß die Leistung in der Reminiscerewoche 1889 stattzufinden habe, der Leistungspflichtige, der nicht spätestens am 23. März 1889 leistet, in Verzug, ohne daß es einer Mahnung bedarf, weil sich die Zahlungszeit aus dem Kalender ergibt. Geht aber die Abrede dahin, daß eine Zahlung in der Zahlwoche der Leipziger Messe geschehen solle, so erfordert der Verzug eine vorangehende Mahnung. Einen inneren Grund der verschiedenen Behandlung beider Fälle vermag ich nicht zu erkennen. Die Motive enthalten endlich noch die Ausführung, die Vorschrift des § 245 Abs. 2 gelte schlechthin. Es bestehe also nicht bloß im Zweifel die Vermuthung, daß ein, wie angegeben, beigefügter Zahlungstag die Mahnung vertreten solle. Vielmehr müsse davon ausgegangen werden, daß die Festsetzung gerade zu dem Zwecke erfolge, um auszudrücken, der Schuldner sei zur festgesetzten Zeit zu leisten verpflichtet. Und es bedürfe besonderer, wenn auch nicht ausdrücklicher Bestimmung, wenn die Festsetzung nur die Bedeutung haben solle, daß der Gläubiger vorher nicht zu fordern berechtigt sei. Den Anforderungen des Lebens und des Verkehrs werde nur durch die einfache Rechtsnorm, wie sie im Entwurf enthalten sei, entsprochen. — Zur Rechtfertigung des § 245

Digitized by Google

ſcheinen dieſe Anführungen ſo wenig dienen zu können, wie zum beſſeren Verſtändniſſe deſſelben. Der Satz des Entwurfs mag einen Vorzug vor dem bisher geltenden Rechte inſofern haben, als er die Möglichkeit einer bequemen, weil mechaniſchen Handhabung gewährt. Aber was die Motive im Uebrigen ſagen, hält der Prüfung nicht Stand. Der Rechtswirkſamkeit einer Abrede dahin, daß der Schuldner bei einer nicht nach dem Kalender beſtimmten, noch aus dem Kalender ſich ergebenden Leiſtungszeit durch Nichtleiſtung auch ohne Mahnung in Verzug kommen ſoll, kann ſelbſtverſtändlich die Beſtimmung im § 245 ebenſowenig entgegenſtehen, wie der Rechtswirkſamkeit einer Abrede dahin, daß der Schuldner trotz einer nach dem Kalender beſtimmten oder aus dem Kalender ſich ergebenden Zahlungszeit nicht ohne Mahnung in Verzug gerathen ſoll. Die Rechtsnormen, daß, wenn die Leiſtungszeit nach dem Kalender beſtimmt iſt oder aus dem Kalender ſich ergibt, der Schuldner auch ohne Mahnung durch Nichtleiſtung in Verzug geräth, daß aber, wenn die Leiſtungszeit nicht nach dem Kalender beſtimmt iſt, noch aus dem Kalender ſich ergibt, der Schuldner ohne Mahnung nicht in Verzug kommt, können alſo immer nur zur Anwendung kommen, wenn nicht abweichende Vertragsfeſtſetzungen vorliegen. Sie enthalten alſo in der That nichts weiter, als Vermuthungen für das Vorhandenſein des einen oder des anderen Vertragswillens oder, was auf daſſelbe hinauskommt, Ergänzungen des nicht nachweisbar vorhandenen Vertragswillens durch das Geſetz. Und wenn es in den Motiven heißt, es müſſe davon ausgegangen werden, daß die Feſtſetzung des Kalendertermines zu dem Zwecke erfolge, um auszudrücken, daß der Schuldner zur feſtgeſetzten Zeit zu leiſten verpflichtet ſei, ſo liegt darin eine nähere Begründung der Vermuthung, daß mit der Beifügung des Kalendertermins eine weitere Mahnung entbehrlich werden ſolle.

Beſtritten iſt im gemeinen Rechte, ob Verſchulden ein Erforderniß des Verzuges des Schuldners ſei. Die meiſten Schriftſteller bejahen die Frage. Die gemeinrechtliche Rechtſprechung ſteht überwiegend auf demſelben Standpunkte. Im preußiſchen Rechte wird das Erforderniß ebenfalls anerkannt. Der Entwurf erwähnt Verſchuldung als Erforderniß des Verzuges nicht ausdrücklich. Er beſtimmt aber, daß der Schuldner nicht in Verzug komme, ſolange er in Folge eines von ihm nicht zu vertretenden Umſtandes nach den Vorſchriften der §§ 237, 241 zu leiſten nicht verpflichtet ſei (§ 246). Gemeint iſt damit die zeitweilige Befreiung des Schuldners von der Leiſtungsverpflichtung, welche nach dem Entwurf die Folge einer nach Begründung der Verbindlichkeit eingetretenen ſubjektiven oder objektiven Unmöglichkeit der Erfüllung iſt (§ 237), und der Fall der Nichtleiſtung

Digitized by Google

in Folge entschuldbaren Irrthums des Schuldners in Ansehung des Schuldverhältnisses (§ 241). Solchergestalt ist der Rechtsgrundsatz, daß zum Verzuge des Schuldners Verschulden des Letzteren gehöre, anerkannt, aber nur in der Richtung, daß eine unter den Gesichtspunkt des § 237 fallende Unmöglichkeit der Erfüllung und ein der Bestimmung des § 241 entsprechender Irrthum denjenigen, der eine fällige Leistung trotz Mahnung oder trotz einer nach dem Kalender bestimmten oder aus dem Kalender sich ergebenden Leistungszeit nicht bewirkt, entschuldigt. In allen anderen Fällen läßt der Entwurf eine Entschuldigung nicht gelten. Damit sind manche Streitfragen abgeschnitten. So die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine auf Seite des Schuldners vorhandene Nichtkenntniß der Schuld dem Eintritte des Verzuges entgegenstehe (Dernburg, Pand. II § 40; S. A. 20, 113). Desgleichen die Frage, ob eine durch unverschuldete Unglücksfälle herbeigeführte Unmöglichkeit der Zahlung als Entschuldigungsgrund angesehen werden könne (Windscheid, Dernburg).

Nicht ausdrücklich entschieden wird vom Entwurfe die anderweit vielfach besprochene Frage, ob Verzug ausgeschlossen ist, wenn dem Forderungsrecht eine Einrede entgegensteht. Soweit die Fälligkeit der Forderung durch die Einrede ausgeschlossen wird, kann Verzug nicht eintreten, da derselbe die Fälligkeit der Forderung erfordert. Zerstörende Einreden können zu einem Zweifel ebenfalls nicht Veranlassung geben. Soweit sie begründet sind, stehen sie dem Anspruche überhaupt entgegen, lassen also die Möglichkeit eines Verzugs nicht aufkommen. Auch für die Einrede der Aufrechnung sind Zweifel dadurch ausgeschlossen, daß die Aufrechnung nach § 283 rückwirkende Kraft in der Art haben soll, daß die beiderseitigen Forderungen in dem sich deckenden Betrage in dem Zeitpunkte als erloschen gelten, in welchem sie als zur Aufrechnung geeignet sich gegenüber getreten sind.

Der Verzug begründet die Verpflichtung des Schuldners zur Leistung des Interesses, welches der Gläubiger an der rechtzeitigen Leistung des geschuldeten Gegenstandes gehabt hat. Dieser Satz ist unbestritten. Im Entwurfe hat er dahin Ausdruck gefunden, daß der Schuldner dem Gläubiger den durch den Verzug verursachten Schaden zu ersetzen hat. Streitig ist aber seine Anwendung in den Fällen des Unterganges, der Verschlechterung und der Werthsverringerung oder Werthserhöhung der Sache, welche Gegenstand der geschuldeten Leistung ist, während der Dauer des Verzuges.

Nach römischer Auffassung wird die Obligation durch den Verzug perpetuirt. Als Folge ergibt sich, daß die während des Verzuges durch den Untergang der Sache bewirkte Unmöglichkeit der Leistung

Digitized by Google

den Schuldner von der Haftung auch dann nicht befreit, wenn der Untergang ohne Verschuldung des Leistungspflichtigen erfolgt ist. Es ist aber von Alters her streitig, ob der Satz unbeschränkt gilt (Madai), oder ob seine Geltung ausgeschlossen ist, wenn die Sache bei rechtzeitiger Leistung auch dem Gläubiger untergegangen sein würde. Hervorgerufen ist der Streit dadurch, daß in den römischen Rechtsquellen das Fortbestehen der Haftung trotz unverschuldeter Unmöglichkeit der Leistung mit der Erwägung gerechtfertigt wird, daß dem Gläubiger die rechtzeitige Leistung die Möglichkeit verschafft hätte, die Sache durch Veräußerung zu verwerthen. Dadurch aber wurde die Frage streitig, ob und inwieweit die Fortdauer der Haftung des Schuldners trotz dem Untergange der Sache von der Verwerthbarkeit der Sache während des Verzuges abhängig gemacht werden soll. Und diejenigen Schriftsteller, welche im Gegensatze zu der Meinung, nach welcher der Untergang der Sache während des Verzuges den Schuldner überhaupt nicht befreien kann, der Frage der Verwerthbarkeit der Sache durch den Gläubiger Einfluß auf die Haftung des Schuldners einräumten, stritten wieder darüber, ob der Gläubiger zur Begründung des Anspruchs auf den Werth der untergegangenen Sache zu beweisen habe, daß er bei rechtzeitiger Leistung die Sache verkauft haben, mithin sowohl im Stande, als auch des Willens, die Sache zu verkaufen, gewesen sein würde (Unger, Sintenis), oder ob dem Schuldner, um von seiner Haftung frei zu werden, der Beweis obliege, daß der Gläubiger bei rechtzeitiger Lieferung die Sache nicht verkauft, der Untergang der Sache also den Gläubiger getroffen haben würde (Savigny, Mommsen, Windscheid, Dernburg). Die letztere Auffassung darf als die herrschende bezeichnet werden.

Der Entwurf entscheidet die Streitfrage dahin, daß der Schuldner auch wegen einer während des Verzuges durch Zufall eingetretenen Unmöglichkeit der Leistung hafte, sofern nicht erhelle, daß der durch diesen Zufall entstandene Schaden auch im Falle rechtzeitiger Leistung entstanden sein würde (§ 251). Die Streitfrage ist also im Sinne der herrschenden Meinung entschieden.

Von der Verschlechterung der Sache während des Verzuges gilt nach bisherigem Rechte dasselbe, was von dem Untergange der Sache gesagt ist. Die Haftung des Schuldners besteht unter denselben Voraussetzungen, unter denen sie beim Untergange der Sache fortbesteht, unverändert fort. Die Verschlechterung gilt als Unmöglichkeit gehöriger Leistung. Der Entwurf enthält keine Abweichung vom geltenden Rechte. Die im § 251 enthaltene Bestimmung ist auch auf den Fall einer Verschlechterung der Sache und der dadurch bewirkten Unmöglichkeit gehöriger Leistung anwendbar.

Digitized by Google

Unter den gleichen Gesichtspunkt mit der Verschlechterung wird im gemeinen Rechte die ohne Verschlechterung eintretende Werthsverringerung der Sache in der Art gebracht, daß der Schuldner mit der den Verwerthungswillen des Gläubigers und die Verwerthungsmöglichkeit betreffenden Maßgabe für den Werth verhaftet ist, den die Sache beim Eintritte des Verzuges gehabt hat. Der Entwurf enthält keinen diesem Rechtsgedanken Ausdruck gebenden Satz. Die Motive erklären es für bedenklich, eine Werthsverringerung durch Sinken der Preise mit der Verschlechterung des Gegenstandes gleichzustellen. Sie verweisen aber auf den allgemeinen Grundsatz des § 247, indem sie bemerken, es sei darnach dem Gläubiger unbenommen, den ihm in Folge der Werthsverringerung erwachsenen Schaden geltend zu machen, wenn er erweislich bei rechtzeitiger Leistung vor der Werthsverringerung verkauft haben würde (II, 165). Die Sätze des Entwurfes kommen also darauf hinaus, daß bei einer nach Eintritt des Verzuges sich ereignenden Verschlechterung der Sache der Schuldner schadensersatzpflichtig ist, wenn er nicht darthut, daß der Schade auch den Gläubiger getroffen, daß der Gläubiger also die Sache vor ihrer Verschlechterung nicht veräußert haben würde, während bei einer nicht mit einer Verschlechterung verbundenen Werthsverringerung der Sache nach Eintritt des Verzuges der Schuldner nur schadensersatzpflichtig ist, wenn der Gläubiger darthut, daß er die Sache bei rechtzeitiger Leistung vor jener Werthsverringerung verwerthet haben würde.

Erhöht sich der Werth der Sache nach Eintritt des Verzuges, so haftet nach der einen Ansicht (Puchta, Arndts) der Schuldner in allen Fällen auch für diesen Werth, also für den höchsten Werth, den die Sache seit dem Beginne des Verzuges gehabt hat. Von anderer Seite (Mommsen, Dernburg) wird — abgesehen von dem Falle widerrechtlicher Entziehung der Sache, in welchem die Haftung des Schuldners für den höchsten Werth, den die Sache in der Zwischenzeit gehabt hat, unbestritten ist — dem Gläubiger ein Anspruch auf den höheren Werth, den die Sache in der Zwischenzeit gehabt hat, nur gegeben, wenn er den Nachweis führt, daß er die Absicht gehabt hat, die Sache zur fraglichen Zeit zu verkaufen, und daß er nur durch den Verzug des Schuldners daran gehindert worden ist.

Der Entwurf enthält auch für diesen Fall keine besondere Bestimmung. Bei Anwendung des mehrerwähnten allgemeinen Grundsatzes ist der Fall dahin zu entscheiden, daß dem Gläubiger Schadensersatz nach Maßgabe des höchsten oder des höheren Werthes in der Zwischenzeit zuzubilligen ist, wenn er darthut, daß er den Willen und die Gelegenheit gehabt habe, die Sache bei rechtzeitiger Leistung für jenen höheren Werth zu veräußern.

Digitized by Google

VI. Anspruchsverjährung.

§ 18. A. Bezeichnung. — Anfangspunkt.

Der Entwurf hat die Bezeichnung „Anspruchsverjährung", welche zuerst Windscheid an die Stelle des bis dahin üblich gewesenen Ausdruckes „Klagverjährung" gesetzt hat, angenommen. Windscheid hat mit dem gewählten Ausdrucke eine Uebersetzung des Wortes „actio" geben wollen, welche dem Wesen der actio selbst und der mit der Einführung der Verjährung der actio dieser letzteren gesetzten zeitlicher Beschränkung besser entspreche, als die bisher gebrauchte Bezeichnung. Den neu gewählten Ausdruck hat Wächter ebenfalls angenommen. Von anderer Seite ist die neue Bezeichnung unberücksichtigt gelassen oder (Dernburg) bekämpft worden. Die Wahl des Ausdrucks würde von wesentlicher Bedeutung sein, wenn dem Ausdruck Einfluß auf den Inhalt der Rechtsnormen beizumessen wäre. Ohne solchen Einfluß wird kaum erhebliches Gewicht darauf zu legen sein, ob der Verjährung gegenüber die Klage im Ausdruck zum Anspruch erweitert oder in der alten Beschränkung belassen wird.

Eine noch nicht zum Austrage gebrachte Streitfrage betrifft den Anfangspunkt der Verjährung. Die ältere, noch von Savigny und Puchta vertretene Ansicht verlangte zum Verjährungsbeginn eine Rechtsverletzung. Nach einer anderen Auffassung soll die Verjährung beginnen, sobald die Verbindlichkeit des Beklagten so begründet ist, daß die Anstellung der Klage rechtlich möglich erscheint (Vangerow). Wieder von anderer Seite wird angenommen, daß, sobald es bei dem Gläubiger stehe, den Eintritt der Thatsachen herbeizuführen, von denen die rechtliche Möglichkeit der Klaganstellung abhänge, dies für den Verjährungsbeginn dieselbe Bedeutung habe, wie wenn die Thatsachen in dem Zeitpunkte eingetreten wären, in welchem sie, sofern der Wille des Gläubigers auf ihre Herbeiführung gegangen wäre, eingetreten sein würden (Unterholzner). Diese letztere Auffassung hat in letzterer Zeit erheblich an Boden gewonnen. Als die herrschende wird sie aber nicht bezeichnet werden dürfen. Der Entwurf hat sich ihr angeschlossen, und zwar, wie die Motive (I, 307) ergeben, aus dem Zweckmäßigkeitsgrunde, daß der nach der fraglichen Auffassung für den Beginn der Verjährung maßgebende Zeitpunkt in den meisten Fällen mit der Entstehung des Anspruchs zusammenfalle und daher der Regel nach einen ebenso sicheren, als leicht erkennbaren Anhalt für die Bestimmung des Anfanges der Verjährung biete. Man wird zugeben dürfen, daß dieser Grund für die unter den verschiedenen aufgestellten Ansichten getroffene Auswahl im Hinblick auf die von den Vertheidigern der

Digitized by Google

verschiedenen Ansichten vorgebrachten, dem Wesen der Klage und des Anspruchs und des Rechtsinstitutes der Verjährung entnommenen Gründe und Gegengründe bei der bisherigen Ergebnißlosigkeit des Streites immhin von Gewicht ist.

Der vom Entwurfe aufgestellte allgemeine Grundsatz ist dahin gefaßt, daß die Verjährung in dem Zeitpunkte der Fälligkeit des Anspruches, d. h. in dem Zeitpunkte, in welchem die Befriedigung des Anspruches rechtlich verlangt werden kann, ihren Anfang nimmt. Als Ausfluß dieses Grundsatzes ergibt sich der Satz, daß die Verjährung eines bedingten oder betagten Anspruchs erst nach dem Eintritte der Bedingung oder des Termines beginnt (§ 158 Abs. 2). Als Einschränkungen des Grundsatzes aber sind die weiter aufgenommenen Sätze anzusehen, daß, wenn die Befriedigung eines Anspruchs von dem Verlangen oder von der Kündigung des Berechtigten abhängig ist, die Verjährung in dem Zeitpunkte anfängt, in welchem das Verlangen oder die Kündigung erfolgen konnte, und daß, wenn von der Kündigung an noch eine Frist für die Befriedigung bestimmt ist, die Verjährung in dem Zeitpunkte beginnt, in welchem ein dieser Frist gleichkommender Zeitraum seit dem Zeitpunkte, in welchem die Kündigung erfolgen konnte, abgelaufen ist (§ 158 Abs. 4). Besteht also für den Gläubiger die Möglichkeit, die Fälligkeit des Anspruchs durch Erfüllungsverlangen herbeizuführen, so beginnt die Verjährung nicht erst in dem Zeitpunkte des wirklichen Eintrittes dieser Fälligkeit, sondern schon in dem Zeitpunkte, den der Gläubiger mittelst Verlangens der Erfüllung zum Zeitpunkte der Fälligkeit machen konnte. Eine fernere Einschränkung jenes Grundsatzes ist in dem Satze ausgesprochen, daß, wenn die Entstehung eines Anspruchs von dem bloßen Willen des Berechtigten abhängt, die Verjährung mit dem Zeitpunkte beginnt, in welchem der Anspruch zur Entstehung gebracht werden konnte. Nach dieser Rechtsnorm läßt der Entwurf in dem fraglichen Falle die Verjährung des Anspruchs beginnen und stellt damit die Möglichkeit einer Vollendung der Verjährung des Anspruchs hin, bevor der letztere entstanden ist und ohne daß er je zur Entstehung gelangt. Die Verjährung nimmt solchenfalls dem Anspruche die Möglichkeit zu entstehen.

Die Normen des Entwurfes beziehen sich auf dingliche Ansprüche ebenso, wie auf persönliche. Sie treffen also den Eigenthumsanspruch auf Herausgabe der Sache auch in dem Falle, in welchem der Inhaber die Sache im Namen des Eigenthümers hat. Wenn der Anspruch vermöge des zwischen dem Eigenthümer und dem Inhaber bestehenden Rechtsverhältnisses bedingt oder betagt oder von dem Verlangen der Herausgabe der Sache oder von einer Kündigung abhängig ist, so treten die oben angegebenen allgemeinen Grundsätze ein.

Digitized by Google

Eine andere Streitfrage wird im § 160 entschieden, in welchem bestimmt ist, daß, wenn wiederkehrende Leistungen von einem Hauptrechte nicht abhängen, die Verjährung des Anspruchs im Ganzen in dem Zeitpunkte beginnt, in welchem die Verjährung des Anspruchs auf eine Leistung begonnen hat. Der Satz bezieht sich auf Rentenrechte, betreffs deren gestritten wird, ob eine erlöschende Verjährung des Rentenrechtes schon mit dem Unterbleiben einer fälligen Leistung beginne, oder ob zum Beginn der Verjährung ein erfolgreiches Bestreiten des Rechtes Seitens des Verpflichteten erfordert werden müsse, oder ob eine Verjährung des Rentenrechtes überhaupt ausgeschlossen sei.

19. B. Hemmung und Unterbrechung der Verjährung.

In einer Reihe von Normen enthält der Entwurf bestimmte Voraussetzungen, unter denen der Beginn der Verjährung ausgeschlossen sein und eine bereits begonnene Verjährung ruhen soll. Der Entwurf faßt diese Fälle unter dem Begriffe der Hemmung der Verjährung zusammen (§§ 161 ff.).

Die fraglichen Bestimmungen ersetzen einestheils diejenigen gemeinrechtlichen Normen, welche sich auf die der Klagerhebung entgegenstehenden thatsächlichen Hindernisse beziehen. Diese letzteren wirken im gemeinen Rechte — abgesehen von feindlichem Einbruch, der auch den Lauf der gewöhnlichen Verjährung hemmt, — nur bei einjähriger und kürzerer Dauer der Verjährungszeit. Der Entwurf läßt im Falle eines Stillstandes der Rechtspflege eine jede Verjährung während der Dauer desselben gehemmt werden (§ 164). Er legt ferner eine die Verjährung hemmende Wirkung der höheren Gewalt bei, durch welche der Berechtigte an der Klagerhebung verhindert worden ist, aber hier mit der Beschränkung, daß die Wirkung nur bei einer Verjährungszeit von sechs Monaten oder von kürzerer Dauer und bei einer längeren Verjährungszeit nur in dem Falle eintritt, daß die Verhinderung des Berechtigten innerhalb der letzten sechs Monate der Frist stattgefunden hat (§ 165).

Anderentheils wird durch die Bestimmungen der Kreis der gemeinrechtlichen Rechtssätze erweitert und abgerundet, nach denen vermöge eines zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten bestehenden, die Klagerhebung hindernden persönlichen Verhältnisses oder vermöge persönlicher Unfähigkeit des Berechtigten, Klage zu erheben, die Verjährung nicht läuft. In dieser Hinsicht läßt der Entwurf die Verjährung für Ansprüche zwischen dem Vormunde und dem Mündel während der Dauer des Vormundschaftsverhältnisses, für Ansprüche zwischen Eltern und Kindern während der Minderjährigkeit

Digitized by Google

der Letzteren, für Ansprüche zwischen Ehegatten während der Dauer der Ehe gehemmt werden (§ 168). Zu Gunsten von Personen, welche in Folge von Geschäftsunfähigkeit oder von beschränkter Geschäftsfähigkeit nicht prozeßfähig, jedoch mit einem gesetzlichen Vertreter nicht versehen sind, soll nach dem Entwurfe die Verjährung insoweit gehemmt werden, als dieselbe nicht vor Ablauf von sechs Monaten nach dem Zeitpunkte vollendet wird, in welchem die Person entweder geschäftsfähig und dadurch prozeßfähig geworden ist oder einen gesetzlichen Vertreter erhalten hat. Dieselbe Wirkung wird zu Gunsten sogenannter juristischer Personen dem Mangel der Bestellung eines gesetzlichen Vertreters beigelegt. Die sechs Monate werden in diesen Fällen von dem Zeitpunkte der Bestellung des Vertreters gerechnet. Ebenso wirkt zu Gunsten eines Nachlasses der Mangel eines Vertreters des Nachlasses. Die Verjährung der zu dem Nachlasse gehörigen Ansprüche soll nicht vor Ablauf von sechs Monaten nach dem Zeitpunkte vollendet werden, in welchem über den Nachlaß der Konkurs eröffnet oder ein Vertreter, von welchem der Anspruch geltend gemacht werden kann, bestellt oder die Erbschaft von dem Erben angenommen worden ist. An die Stelle der sechs Monate tritt überall die Verjährungsfrist selbst, wenn dieselbe kürzer ist, als sechs Monate (§§ 166, 167).

In der Prozeßunfähigkeit und dem Mangel eines gesetzlichen Vertreters dessen, gegen den die Rechtsverfolgung stattzufinden haben würde, erkennt der Entwurf der Regel nach keinen Grund der Hemmung der Verjährung. Doch hat für Ansprüche gegen einen Nachlaß der Mangel eines Vertreters des Nachlasses zu Gunsten der Nachlaßgläubiger dieselbe Wirkung der Aufschiebung einer Vollendung der Verjährung, wie für die zum Nachlasse gehörigen Ansprüche zu Gunsten des Nachlasses (§ 167).

Eine Hemmung der Verjährung läßt der Entwurf ferner in den Fällen eintreten, in welchen ein rechtliches Hinderniß vermöge der Beschaffenheit des Anspruchs oder vermöge einer besonderen Vorschrift die Rechtsverfolgung nicht gestattet (§ 162 Abs. 1).

Nach den Motiven (I, 313) ist hierbei die Möglichkeit von Moratoriengesetzen ins Auge gefaßt, auch an die Möglichkeit des Ergehens von Gesetzen gedacht, welche zur Erreichung wichtiger gesetzgeberischer Zwecke den Gerichten die Annahme von Klagen für eine gewisse Zeit untersagen. Man wird fragen dürfen, ob das Gesetzbuch Veranlassung hat, dergleichen Fälle, in denen außergewöhnliche Ereignisse außergewöhnliche gesetzgeberische Mittel fordern können, vorzusehen. Sollten dergleichen Ereignisse eintreten und ein Einschreiten der Gesetzgebung herbeiführen, so scheint es auch als Sache dieser Ge-

Digitized by Google

setzgebung angesehen werden zu müssen, die Tragweite des Ausnahmegesetzes zu bestimmen und, und wenn es die Rechtsverfolgung zeitweilig ausschließt, daneben das Mittel zu gewähren, die Ausschließung insoweit unschädlich zu machen, als es der staatliche Zweck des Ausnahmegesetzes zuläßt. Schutz gegen eine künftige Gesetzgebung soll das Gesetzbuch doch nicht gewähren, und zwar um so weniger, als eine den Rechtsschutz versagende Gesetzgebung, mit deren Möglichkeit die Motive rechnen, nach der Reichsverfassung nur eine Reichsgesetzgebung sein könnte.

Der § 162 Abs. 1 soll aber außerdem eine gemeinrechtliche Streitfrage zum Austrage bringen, die Frage nämlich, ob die Verjährung durch Einreden, die dem Anspruche entgegenstehen und eine wirksame Rechtsverfolgung zu hindern geeignet sind, gehemmt wird. Die Meinungen der Schriftsteller über die Frage gehen aus einander. Von der einen Seite (Savigny, Dernburg) wird behauptet, daß die Verjährung durch Einreden nicht ausgeschlossen wird, von anderer Seite der Satz aufgestellt, daß die Verjährung nicht läuft, so lange dem Anspruche eine Einrede entgegensteht (Windscheid). Der Entwurf (§ 162 Abs. 2 und 3) läßt die Verjährung dadurch nicht gehemmt werden, daß dem Anspruche die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, des Zurückbehaltungsrechtes, der Vorausklage, die Abzugseinrede des Inventarserben, die Aufrechnungseinrede, die Einrede der Anfechtbarkeit entgegensteht. Andere Einreden erwähnt der Entwurf nicht. Die Motive aber (I, 313 f.) stellen außer Zweifel, daß mit dem Satze im § 162 Abs. 1, nach welchem die Verjährung durch jedes Hinderniß gehemmt wird, welches vermöge der Beschaffenheit des Anspruchs die Rechtsverfolgung nicht gestattet, einem allgemeinen Grundsatze dahin, daß Einreden die Verjährung hemmen, hat Ausdruck gegeben werden sollen, so daß die einzeln aufgezählten Einreden als Ausnahmen von der Regel anzusehen sind. Die Motive führen dabei aus, der Schwerpunkt der Frage nach der Wirkung der Einreden für den Lauf der Verjährung liege auf dem Gebiete der verzögernden Einreden. Immerhin seien aber auch Fälle denkbar, in denen es von Bedeutung sein könne, ob der zerstörenden Einrede hemmende Wirkung zukomme. Betreffs der verzögernden Einreden bezeichnen die Motive es als gewiß, daß nicht wenige die Verjährung hindern müssen, also ebenso gewiß, daß nicht alle derartige Einreden die Verjährung hindern können. Sie bemerken, es könne fraglich sein, ob die Regel dahin zu fassen sei, daß Einreden die Verjährung hemmen, oder dahin, daß sie dieselbe nicht hemmen, — in beiden Fällen vorbehaltlich von Ausnahmen, halten aber dafür, daß überwiegende Gründe der Gerechtigkeit und Billigkeit für ersteres sprechen.

Digitized by Google

Ob der Gedanke, den der Entwurf nach den Motiven aussprechen will, in den angegebenen Worten einen genügend klaren Ausdruck erhalten hat, ist wohl mehr als zweifelhaft. Soll gesagt werden, daß die Verjährung gehemmt wird, wenn und solange dem Anspruche Einreden entgegen stehen, so weiß ich nicht, aus welchem Grunde der Entwurf den Satz nicht so ausspricht, wie er lautet, unter Hinzufügung der Ausnahmen, die von ihm zu machen sind. Als rechtliche Hindernisse, welche vermöge der Beschaffenheit des Anspruchs die Rechtsverfolgung nicht gestatten, werden rechtsvernichtende Einreden, auf die doch der fragliche Satz bezogen werden soll, nicht wohl bezeichnet werden dürfen. Das Nichtvorhandensein oder Nichtmehrvorhandensein eines Anspruchs, das mit einer rechtsvernichtenden Einrede geltend gemacht wird, fällt doch nicht unter den Begriff einer Beschaffenheit des Anspruchs.

Im Uebrigen möchte ich die Annahme der Motive, es seien Fälle denkbar, in welchen es von Bedeutung sein könne, ob der zerstörenden Einrede eine die Verjährung hemmende Wirkung zukomme, an sich nicht für unrichtig halten. Man muß unterstellen, daß die rechtsvernichtende Wirkung der Einrede zwar vorhanden gewesen, aber demnächst wieder weggefallen ist. Durch Vertrag wird sich ein solcher Wegfall zwar nicht bewirken lassen. Steht einem Anspruch eine begründete, durch eine Replik nicht zu beseitigende rechtsvernichtende Einrede gegenüber, so kann von einer Hinderung der Verfolgung des Anspruchs auf so lange, bis die Einrede etwa durch Vertrag sich erledige, nicht die Rede sein. Ein Vertrag kann nur einen neuen Anspruch mit neuem Verjährungsbeginn ins Leben rufen. — Der Fall könnte jedoch unter der Voraussetzung entsprechender Gestaltung prozessualischen Schutzes bei der Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache in der Art vorkommen, daß einer rechtskräftig ausgesprochenen Klagabweisung gegenüber sich Anfechtungsgründe, durch welche eine Nichtigkeitserklärung des Urtheils oder eine Restitution gegen dasselbe herbeigeführt werden kann, herausstellen. Allein das geltende Prozeßrecht knüpft die Anfechtung eines rechtskräftigen Urtheils dergestalt an bestimmte Fristen und Formen, daß darnach für eine Anwendung des Satzes von einer zeitweiligen Hemmung der Verjährung durch die an sich begründet gewesene, aber später in ihren Wirkungen beseitigte Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache kein Raum gegeben zu sein scheint. Denkbar wäre es indeß, daß ein neues Gesetz mit rückwirkender Kraft einer Einrede die rechtsvernichtende Kraft nähme. Ich setze den Fall: Einem Anspruche steht die Einrede des Vergleichs entgegen. Der Vergleich ist mündlich geschlossen. Durch ein neues Gesetz wird mit rückwirkender Kraft bestimmt, daß aus mündlich ge-

Digitized by Google

schlossenen Vergleichen weder Klage noch Einrede stattfinde. Hier würde der Satz, daß rechtsvernichtende Einreden die Verjährung hemmen, zur Anwendung kommen können, wenn nicht das neue Gesetz selbst sich mit der Verjährungsfrage durch eine darauf bezügliche Bestimmung abfände. Ob aber durch die entfernte Möglichkeit solcher Fälle die Aufnahme einer den rechtsvernichtenden Einreden die Bedeutung von Hemmungsgründen der Verjährung wahrenden Bestimmung in das Gesetzbuch gerechtfertigt erscheinen kann, wird bezweifelt werden dürfen.

Betreffs der Frage, wie das Verhältniß verzögernder Einreden zur Verjährung zu bestimmen sei, wird die Ansicht aufgestellt (Unger, Vangerow), daß durch dergleichen Einreden, wenn es nicht in der Macht des Klagberechtigten liege, sie zu beseitigen, der Klaganspruch und damit der Beginn der Verjährung ebenso hinausgeschoben werde, wie sie, später entstanden, den Lauf der begonnenen Verjährung hemmen. In diesem Sinne wird der Einrede des nicht erfüllten Vertrages, des Zurückbehaltungsrechtes, der Vorausklage und der Aufrechnungseinrede die Wirkung der Hemmung der Verjährung abgesprochen. Nach Windscheid ist, um der verzögernden Einrede die Wirkung der Hemmung der Verjährung zu nehmen, nicht bloß erforderlich, daß es in der Macht des Berechtigten gestanden habe, die Einrede zu beseitigen. Es gehört dazu auch, daß der Berechtigte die Einrede hätte beseitigen sollen. Das Ergebniß, zu welchem Windscheid in der Beurtheilung der vier aufgeführten Einreden gelangt, ist aber das gleiche. Denn Windscheid nimmt an, daß in den vier Fällen die Beseitigung der Einrede von dem Berechtigten verlangt werden konnte.

Der Entwurf spricht einen allgemeinen Grundsatz nicht aus, nach welchem sich die Frage entscheiden läßt, ob eine verzögernde Einrede die Verjährung hemme. Er scheidet aber für die angegebenen vier Einreden die Wirkung der Hemmung aus und fügt ihnen noch die Anfechtungseinrede und die Abzugseinrede des Inventarerben bei. Für die letzteren beiden Einreden wird die Hemmungswirkung auch wohl schwerlich angesprochen werden können.

Es fragt sich, welcherlei verzögerliche Einreden noch für die Hemmungswirkung übrig bleiben. Die Motive (I, 314) führen als solche beispielsweise die Stundungseinrede und die Einrede des Miethers gegenüber dem Eigenthumsanspruche auf. Ein Stundungsvertrag, wenn darunter ein Vertrag verstanden wird, durch welchen Gläubiger und Schuldner übereinkommen, daß ein bestimmter Anspruch nicht zu der bis dahin dafür festgesetzten Zeit, sondern erst in einem späteren Zeitpunkte Befriedigung finden solle, wird regelmäßig eine

Digitized by Google

Unterbrechung der Verjährung mit der Wirkung des Beginnes einer neuen Verjährungsfrist von dem neu verabredeten Zeitpunkte der Fälligkeit an bewirken. Ein Miethvertrag zwischen dem Eigenthümer und dem Inhaber, durch welchen der Inhaber für eine bestimmte Zeit die Sache vom Eigenthümer miethet, wird ebenfalls, wenn die Verjährung der Eigenthumsklage dem Inhaber gegenüber schon vor dem Abschlusse des Miethvertrages begonnen hat, vermöge des durch den Miethvertrag begründeten Anspruchs des Vermiethers gegen den Miether auf Herausgabe der Sache mit dem Ablaufe der Zeit, für welche der Vertrag geschlossen ist, regelmäßig zur Folge haben, daß mit der in dem fraglichen Zeitpunkte beginnenden Verjährung des Anspruchs aus dem Miethvertrage auf Herausgabe der Sache auch der Eigenthumsanspruch auf Herausgabe neu zu verjähren beginnt, die früher begonnene Verjährung also unterbrochen ist. Allein für einen Anspruch, dessen Verjährung bereits begonnen hat, kann immerhin durch Vertrag oder ein sonstiges Rechtsgeschäft der Zeitpunkt der Befriedigung und damit die Fälligkeit hinausgeschoben werden, ohne daß die Voraussetzungen einer Unterbrechung der Verjährung vorliegen. Und in solchen Fällen wird allerdings eine Hemmung der Verjährung durch das Bestehen einer Einrede anzunehmen, auch für das Gesetzbuch das Erforderniß einer hierauf bezüglichen Normirung anzuerkennen sein.

Der Entwurf enthält im § 163 den Satz, daß die Verjährung des dem Eigenthümer eines Pfandes gegen den Pfandgläubiger zustehenden Anspruches auf Rückgewähr des Pfandes so lange gehemmt ist, als das Pfandrecht besteht. Die Motive (I, 315) bemerken, die Vorschrift enthalte im Wesentlichen eine wegen ihrer praktischen Bedeutung hervorgehobene Folgerung aus § 162 Abs. 1. Es solle dem Mißverständnisse vorgebeugt werden, als eigne sich der Fall zu einer entsprechenden Anwendung des § 162 Abs. 2. Der Eigenthümer sei, auch als persönlicher Schuldner, nicht verpflichtet, das zur Beseitigung Erforderliche zu thun.

Dem gegenüber ist zu bemerken, daß der Grund, aus welchem der Anspruch des Eigenthümers des Pfandes gegen den Pfandgläubiger auf Rückgewährung des Pfandes so lange nicht verjähren kann, als das Pfandrecht besteht, darin zu suchen ist, daß dieser Anspruch erst mit der Befriedigung des Pfandgläubigers entsteht. Es fehlt also der Verjährung an der ersten Voraussetzung, wie sie im § 158 Abs. 1 normirt ist. Der Fall des § 158 Abs. 3 liegt nicht vor. Hat es auch der Eigenthümer des Pfandes in seiner Macht, den Pfandgläubiger zu befriedigen und dadurch den Anspruch auf Rückgewährung des Pfandes zur Entstehung zu bringen, so ist doch diese

Digitized by Google

schlossenen Vergleichen weder Klage noch Einrede stattfinde. Hier würde der Satz, daß rechtsvernichtende Einreden die Verjährung hemmen, zur Anwendung kommen können, wenn nicht das neue Gesetz selbst sich mit der Verjährungsfrage durch eine darauf bezügliche Bestimmung abfände. Ob aber durch die entfernte Möglichkeit solcher Fälle die Aufnahme einer den rechtsvernichtenden Einreden die Bedeutung von Hemmungsgründen der Verjährung wahrenden Bestimmung in das Gesetzbuch gerechtfertigt erscheinen kann, wird bezweifelt werden dürfen.

Betreffs der Frage, wie das Verhältniß verzögernder Einreden zur Verjährung zu bestimmen sei, wird die Ansicht aufgestellt (Unger, Vangerow), daß durch dergleichen Einreden, wenn es nicht in der Macht des Klagberechtigten liege, sie zu beseitigen, der Klaganspruch und damit der Beginn der Verjährung ebenso hinausgeschoben werde, wie sie, später entstanden, den Lauf der begonnenen Verjährung hemmen. In diesem Sinne wird der Einrede des nicht erfüllten Vertrages, des Zurückbehaltungsrechtes, der Vorausklage und der Aufrechnungseinrede die Wirkung der Hemmung der Verjährung abgesprochen. Nach Windscheid ist, um der verzögernden Einrede die Wirkung der Hemmung der Verjährung zu nehmen, nicht bloß erforderlich, daß es in der Macht des Berechtigten gestanden habe, die Einrede zu beseitigen. Es gehört dazu auch, daß der Berechtigte die Einrede hätte beseitigen sollen. Das Ergebniß, zu welchem Windscheid in der Beurtheilung der vier aufgeführten Einreden gelangt, ist aber das gleiche. Denn Windscheid nimmt an, daß in den vier Fällen die Beseitigung der Einrede von dem Berechtigten verlangt werden konnte.

Der Entwurf spricht einen allgemeinen Grundsatz nicht aus, nach welchem sich die Frage entscheiden läßt, ob eine verzögernde Einrede die Verjährung hemme. Er scheidet aber für die angegebenen vier Einreden die Wirkung der Hemmung aus und fügt ihnen noch die Anfechtungseinrede und die Abzugseinrede des Inventarerben bei. Für die letzteren beiden Einreden wird die Hemmungswirkung auch wohl schwerlich angesprochen werden können.

Es fragt sich, welcherlei verzögerliche Einreden noch für die Hemmungswirkung übrig bleiben. Die Motive (I, 314) führen als solche beispielsweise die Stundungseinrede und die Einrede des Miethers gegenüber dem Eigenthumsanspruche auf. Ein Stundungsvertrag, wenn darunter ein Vertrag verstanden wird, durch welchen Gläubiger und Schuldner übereinkommen, daß ein bestimmter Anspruch nicht zu der bis dahin dafür festgesetzten Zeit, sondern erst in einem späteren Zeitpunkte Befriedigung finden solle, wird regelmäßig eine

Digitized by Google

Unterbrechung der Verjährung mit der Wirkung des Beginnes einer neuen Verjährungsfrist von dem neu verabredeten Zeitpunkte der Fälligkeit an bewirken. Ein Miethvertrag zwischen dem Eigenthümer und dem Inhaber, durch welchen der Inhaber für eine bestimmte Zeit die Sache vom Eigenthümer miethet, wird ebenfalls, wenn die Verjährung der Eigenthumsklage dem Inhaber gegenüber schon vor dem Abschlusse des Miethvertrages begonnen hat, vermöge des durch den Miethvertrag begründeten Anspruchs des Vermiethers gegen den Miether auf Herausgabe der Sache mit dem Ablaufe der Zeit, für welche der Vertrag geschlossen ist, regelmäßig zur Folge haben, daß mit der in dem fraglichen Zeitpunkte beginnenden Verjährung des Anspruchs aus dem Miethvertrage auf Herausgabe der Sache auch der Eigenthumsanspruch auf Herausgabe neu zu verjähren beginnt, die früher begonnene Verjährung also unterbrochen ist. Allein für einen Anspruch, dessen Verjährung bereits begonnen hat, kann immerhin durch Vertrag oder ein sonstiges Rechtsgeschäft der Zeitpunkt der Befriedigung und damit die Fälligkeit hinausgeschoben werden, ohne daß die Voraussetzungen einer Unterbrechung der Verjährung vorliegen. Und in solchen Fällen wird allerdings eine Hemmung der Verjährung durch das Bestehen einer Einrede anzunehmen, auch für das Gesetzbuch das Erforderniß einer hierauf bezüglichen Normirung anzuerkennen sein.

Der Entwurf enthält im § 163 den Satz, daß die Verjährung des dem Eigenthümer eines Pfandes gegen den Pfandgläubiger zustehenden Anspruches auf Rückgewähr des Pfandes so lange gehemmt ist, als das Pfandrecht besteht. Die Motive (I, 315) bemerken, die Vorschrift enthalte im Wesentlichen eine wegen ihrer praktischen Bedeutung hervorgehobene Folgerung aus § 162 Abs. 1. Es solle dem Mißverständnisse vorgebeugt werden, als eigne sich der Fall zu einer entsprechenden Anwendung des § 162 Abs. 2. Der Eigenthümer sei, auch als persönlicher Schuldner, nicht verpflichtet, das zur Beseitigung Erforderliche zu thun.

Dem gegenüber ist zu bemerken, daß der Grund, aus welchem der Anspruch des Eigenthümers des Pfandes gegen den Pfandgläubiger auf Rückgewährung des Pfandes so lange nicht verjähren kann, als das Pfandrecht besteht, darin zu suchen ist, daß dieser Anspruch erst mit der Befriedigung des Pfandgläubigers entsteht. Es fehlt also der Verjährung an der ersten Voraussetzung, wie sie im § 158 Abs. 1 normirt ist. Der Fall des § 158 Abs. 3 liegt nicht vor. Hat es auch der Eigenthümer des Pfandes in seiner Macht, den Pfandgläubiger zu befriedigen und dadurch den Anspruch auf Rückgewährung des Pfandes zur Entstehung zu bringen, so ist doch diese

Digitized by Google

Entstehung nicht von seinem bloßen Willen, sondern von jener Thatsache der Befriedigung abhängig. Es kann also in dem Falle des § 163 nicht sowohl von einer Hinderung der Verjährung im Sinne des § 162 Abs. 1, als vielmehr nur von dem Mangel der ersten Voraussetzung der Verjährung die Rede sein. Wie der Satz des § 163 durch die Möglichkeit eines Mißverständnisses des § 162 Abs. 2 gerechtfertigt werden soll, ist schwer abzusehen. Wäre im § 162 Abs. 2 der Satz Unger's aufgestellt, daß die Verjährung durch eine verzögernde Einrede nicht gehemmt werde, die zu beseitigen der Berechtigte in seiner Macht habe, so könnte vielleicht ein Mißverständniß, aber auch dann nur bei hochgradigem Mißtrauen in die Einsicht der zur Rechtsprechung Berufenen, befürchtet werden. Aber die Aufzählung der im § 162 Abs. 2 erwähnten vier Einreden, durch welche die Verjährung nicht gehemmt werden soll, wird schwerlich dazu verleiten können, diesen vier Einreden die der Pfandrückforderungsklage entgegenzusetzende Berufung des Pfandgläubigers darauf, daß das Pfandrecht noch bestehe, mit der Wirkung gleichzustellen, daß die Nichtbefriedigung des Pfandgläubigers innerhalb der Verjährungszeit für den Eigenthümer des Pfandes die Verjährung des Anspruchs auf Rückgewährung des Pfandes nach erfolgter Befriedigung zur Folge haben könnte.

Die alten Gründe der Unterbrechung der Verjährung, Anerkenntniß und Klaganstellung, bleiben nach dem Entwurfe bestehen. In Ansehung des Anerkenntnisses als Unterbrechungsgrundes schließt sich der Entwurf dem geltenden Rechte an (§ 169). Der Unterbrechungsgrund der Klagerhebung ist in mehrfacher Hinsicht anders gestaltet, als im bisherigen Rechte. Eine Reihe anderer auf Geltendmachung des Anspruchs und Herbeiführung seiner Befriedigung gerichteter Handlungen werden der Klagerhebung gleichgestellt (§§ 170, 179, 180). Hierher gehört in Abweichung vom gemeinen Rechte die Streitverkündung. Nicht gleichgestellt wird ihr die Geltendmachung des Anspruchs durch Einrede. Der Beklagte ist also, wenn er mit der Vorbringung einer Einrede die Wirkung verbinden will, daß die Verjährung des mit der Einrede geltend gemachten Anspruchs unterbrochen werde, auf das Mittel der Anbringung eines auf die Feststellung des Anspruchs gerichteten Widerklageantrages verwiesen. Anders und abweichend von der im gemeinen Rechte herrschenden Ansicht entscheidet der Entwurf die Frage der Wirkung der bei einem unzuständigen Gerichte erfolgten Klagerhebung (§ 171 Abs. 2). Die durch § 243 Abs. 3 C.P.O. hervorgerufene Streitfrage, ob mit der Zurücknahme der Klage in Folge der damit verbundenen Wirkung, daß der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen sei, auch die Unterbrechung der Verjährung als nicht geschehen gelten müsse (Aschrott,

Digitized by Google

Dernburg), wird vom Entwurfe dahin entschieden, daß die Unterbrechung als nicht erfolgt gilt, wenn der Berechtigte die Klage zurücknimmt. Dieselbe Wirkung tritt ein, wenn die Klage wegen Mangels einer Prozeßvoraussetzung abgewiesen wird (§ 171 Abs. 1). In ähnlicher Weise wird die Zurücknahme, Nichtverfolgung, Zurückweisung anderer, der Klagerhebung in ihrer Wirkung für die Unterbrechung der Verjährung gleichgestellter Mittel der Verfolgung des Anspruchs beurtheilt (§§ 172, 173, 176 Abs. 2). Wieder anders werden die Fragen entschieden, welchen Einfluß auf die Verjährung und ihre Unterbrechung es habe, wenn die Klage wegen Unzulässigkeit des gewählten Prozesses abgewiesen werde (§ 171 Abs. 4), und wenn der Prozeß in Folge einer Vereinbarung der Parteien oder in Folge der Unterlassung des Betreibens in Stillstand gerathe (§ 174 Abs. 2). — Wir haben es in allen diesen Fällen mit Bestimmungen zu thun, durch welche die gemeinrechtliche Auffassung, die regelmäßig an den Akt der Klagerhebung ohne Rücksicht darauf, ob die Klage zum Ziele führt, die Wirkung der Unterbrechung der Verjährung knüpft, durch eine Reihe von Normen ersetzt werden soll, welche den verschiedenen möglichen Fällen sich anpassen und jeden dieser Fälle möglichst zweckmäßig zu entscheiden bestimmt sind.

§ 20. C. Wirkung der Verjährung.

Daß dinglichen Ansprüchen gegenüber die Verjährung nur Schutz gegen den von ihr getroffenen bestimmten Anspruch gewährt, ohne das dingliche Recht selbst, dessen Ausfluß der Anspruch ist, aufzuheben, ist nach geltendem Rechte unbestritten. Streitig ist die Frage nach der Wirkung der Verjährung persönlichen Ansprüchen gegenüber. Von der einen Seite (Bangerow) wird die Forderung selbst durch die Verjährung als erloschen angesehen. Von anderer Seite (Dernburg) wird Fortbestand von Forderung und Anspruch trotz der Verjährung angenommen und der Verjährung nur die Wirkung beigelegt, daß mit ihrer Vollendung dem Gläubiger das Mittel genommen ist, seine Befriedigung zwangsweise durchzusetzen. Eine mittlere Ansicht (Windscheid) geht dahin, daß die Verjährung den Anspruch aufhebe, aber nicht, indem sie ihn vernichte. Der Anspruch soll vielmehr zu bestehen fortfahren. Und die Aufhebungswirkung der Verjährung wird in der Begründung einer den Anspruch ausschließenden Einrede gefunden.

Der Entwurf (§ 182 Abs. 1) bestimmt die Wirkung der Verjährung dahin, daß nach Vollendung der letzteren dem Anspruche eine Einrede entgegenstehe, durch welche die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen werde. Diese Wirkung tritt gleichermaßen für

Digitized by Google

dingliche und für persönliche Ansprüche ein. Die Ausschließung der Geltendmachung des Anspruchs läßt das Forderungsrecht selbst bestehen; der Fortbestand zeigt sich darin, daß eine nach vollendeter Verjährung erfolgte Befriedigung des Anspruchs wirksam bleibt. Das Geleistete kann auch dann nicht zurückgefordert werden, wenn in Unkenntniß der Verjährung des Anspruchs geleistet ist (§ 182 Abs. 2). Der Fortbestand zeigt sich sodann darin, daß ein verjährter Anspruch wirksam zum Gegenstande eines Anerkenntnißvertrages gemacht werden kann. Letzteres ergiebt sich aus den §§ 683, 684, nach denen die Erfüllung eines schriftlichen Anerkenntnißvertrages selbst in dem Falle, daß das Anerkenntniß den Verpflichtungsgrund nicht oder nicht bestimmt bezeichnet, nur verweigert werden darf, wenn die Voraussetzungen der Rückforderung einer Leistung wegen ungerechtfertigter Bereicherung vorliegen, und daraus, daß eine ungerechtfertigte Bereicherung in der Befriedigung eines verjährten Anspruchs nicht gefunden wird (§ 182 Abs. 2). Jener Fortbestand tritt ferner in der Bestimmung hervor, daß die Verjährung eines durch Pfandrecht gesicherten Anspruchs den Berechtigten nicht hindert, seine Befriedigung aus dem Pfande zu verlangen (§ 183 Abs. 1), sowie in dem Satze, daß, wenn zum Zwecke der Sicherung eines Anspruchs ein Recht übertragen ist, die Rückforderung auf Grund der Verjährung des Anspruchs nicht stattfindet (§ 183 Abs. 3). Zur Aufrechnung erweist sich ein verjährter Anspruch auf Grund der Bestimmung im § 281 Abs. 2, nach welcher eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht, nicht zur Aufrechnung gebracht werden kann, als ungeeignet.

Damit, daß der Entwurf der Verjährung die Wirkung der Erzeugung einer Einrede beilegt, scheint die noch immer nicht verschwundene Streitfrage, ob die Gerichte auf die Verjährung von Amtswegen Rücksicht zu nehmen haben, endgültige Erledigung im Sinne der Verneinung der Frage finden zu sollen.

Der im § 184 Abs. 1 enthaltene Satz, daß mit der Verjährung des Hauptanspruchs auch die von demselben abhängenden Nebenleistungen verjährt sind, entspricht dem geltenden Rechte. Der im § 184 Abs. 2 aufgenommene Satz, daß bei selbständigen wiederkehrenden Leistungen mit der Verjährung des Anspruchs im Ganzen auch der Anspruch auf die bis dahin verfallenen Leistungen verjährt ist, folgt aus der Bestimmung im § 160.

§ 21. VII. Grundlose Bereicherung.

Der Entwurf enthält die Rechtssätze über die Schuldverhältnisse aus grundloser Bereicherung in fünf Gruppen unter den Ueberschriften:

Digitized by Google

I. Leistung einer Nichtschuld, II. Nichteintritt des bei einer Leistung vorausgesetzten künftigen Ereignisses oder rechtlichen Erfolges, III. Wegfall des Grundes der Leistung, IV. verwerflicher Empfang, V. sonstiges grundloses Haben.

Die Frage der Bedeutung des Irrthums für die Rückforderung der Zahlung einer Nichtschuld wird dahin entschieden, daß die Rückforderung ausgeschlossen ist, wenn der Leistende zur Zeit der Leistung davon Kenntniß hatte, daß die Verbindlichkeit nicht bestand (§ 737). Damit sind die Streitfragen, ob der als Erforderniß der Rückforderungsklage angesehene Irrthum ein entschuldbarer sein müsse und ob nur ein Irrthum in Thatsachen, nicht auch ein Rechtsirrthum entschuldbar sein könne, beseitigt. Die Art der Erledigung der Streitfrage macht aber den in der condictio indebiti hervortretenden Rechtsgedanken, nach welchem der Irrthum ein wesentliches Erforderniß der Klage ist, fast unerkennbar. Die Rechtsprechung war in neuerer Zeit vielfach dahin gelangt, den Beweis des Irrthums weniger streng zu nehmen und mit der erfolgten Zahlung einer Nichtschuld regelmäßig eine thatsächliche Vermuthung für das Vorhandensein eines der Zahlung zum Grunde liegenden Irrthums zu verbinden, wenn der Irrthum als ein so grober erschien, daß man der Behauptung des Irrthums den Glauben zu versagen hatte. Dies Ergebniß des praktischen Bedürfnisses war auch von der Wissenschaft angenommen und zur herrschenden Lehre erhoben worden. Der Entwurf geht aber rechtsgrundsätzlich über die vom geltenden Rechte der Rückforderung der Zahlung einer Nichtschuld gezogenen Grenzen hinaus. Er läßt nämlich bei nicht bestehender Verbindlichkeit zur Leistung die Rückforderungsklage allgemein zu und schließt sie nur aus, wenn der Leistende von dem Nichtbestehen der Verbindlichkeit Kenntniß hatte. Das Gebiet der Klage ist also erweitert. Nimmt Jemand eine von ihm geforderte Leistung, ohne von dem Nichtvorhandensein der Verbindlichkeit Kenntniß zu haben, vor, weil er einer Prüfung der Frage, ob die Verbindlichkeit in Wahrheit besteht, aus irgend welchen Rücksichten nicht näher treten, dem Fordernden aber in jedem Falle Veranlassung zur Klagerhebung nehmen will, so ist nach dem bisher geltenden Rechte die Rückforderungsklage ausgeschlossen. Nach dem Entwurfe sind, wenn auch der Zahlende selbst der Rücksicht, die ihn zur Zahlung veranlaßt hat, treu bleibt, doch seine Erben bei erlangter Kenntniß von dem Nichtbestehen der Verbindlichkeit nicht gehindert, die Klage anzustellen. Die Rechtsfindung ist damit, daß die Klage auf andere Voraussetzungen gestellt wird, erleichtert. Aber sie verliert an Gedankenmäßigkeit, wirkt mechanisch und läßt Härten zu.

Eine zweite Streitfrage betrifft die Haftung des Bereicherten,

Digitized by Google

wenn die Bereicherung nachmals, aber vor dem Eintritte der Rechtshängigkeit des Rückforderungsanspruches weggefallen ist. Die herrschende Lehre unterscheidet, ob der Wegfall in Folge einer Verschuldung des Bereicherten oder ohne solche Verschuldung eingetreten ist, und läßt nur im ersteren Falle den Anspruch fortdauern. Die Verschuldung muß der Natur der Sache nach gegen den Rückforderungsberechtigten gerichtet sein. Sie setzt also voraus, daß der Bereicherte von dem Rückforderungsanspruch Kenntniß erlangt hat. Aber auch in diesem Falle ist sie ausgeschlossen, wenn der Bereicherte Grund hat, anzunehmen, daß der Berechtigte von dem Rückforderungsanspruch keinen Gebrauch machen werde. Der Entwurf schreibt vor, daß die Verbindlichkeit zur Herausgabe des Empfangenen oder zur Werthsvergütung wegfällt, soweit der Empfänger bei Eintritt der Rechtshängigkeit des Rückforderungsanspruchs durch das Geleistete nicht mehr bereichert ist (§ 739 Abs. 2). Die gemeinrechtliche Norm aber, daß trotz dem vor dem Rechtshängigwerden des Rückforderungsanspruchs eintretenden Wegfalle der Bereicherung die Haftung des Bereicherten im Falle der Verschuldung des Letzteren fortdauere, will der Entwurf durch die neugeschaffene Rechtsnorm des § 741 Abs. 2 ersetzen. Dieselbe läßt trotz dem vor dem Eintritte der Rechtshängigkeit des Rückforderungsanspruchs erfolgten Wegfalle der Bereicherung die Haftung des Empfängers, wenn derselbe erst nach dem Empfange der Leistung, aber vor dem Wegfalle der Bereicherung davon Kenntniß erhalten hat, daß die Verbindlichkeit nicht bestanden habe und daß der Leistende bei der Leistung von dem Nichtbestehen nicht unterrichtet gewesen sei, in der Art fortdauern, daß die Wirkungen der Rechtshängigkeit gegen den Empfänger von dem Zeitpunkte an eintreten, in welchem er von den angegebenen Umständen Kenntniß erhalten hat. Von diesem neuen Rechtssatze gilt dasselbe, was oben von der Aenderung der Bedeutung des Irrthums für die Rückforderung der Leistung einer Nichtschuld gesagt worden ist. Der neue Rechtssatz ist geeignet, die Rechtsfindung zu erleichtern, aber auf die Gefahr hin, daß die Handhabung des Rechtes an Gedankenmäßigkeit verliert und Härten im Gefolge hat. Der Satz geht über das praktische Bedürfniß hinaus und kann Schaden anrichten, weil er auch auf den Fall ausgedehnt werden muß, in welchem der Empfänger Veranlassung hat, anzunehmen, der Leistende wolle trotz erlangter Kenntniß von dem Vorhandensein der Voraussetzungen seines Rückforderungsanspruchs von demselben keinen Gebrauch machen.

Der Entwurf bestimmt: „Die Verbindlichkeit zur Herausgabe oder Werthvergütung erstreckt sich auch auf dasjenige, was der Empfänger aus dem Geleisteten erworben hat“ (§ 740 Abs. 1). Der Satz soll

Digitized by Google

dem alten Rechtsgedanken Ausdruck geben, daß der Rückforderungsanspruch An- und Zuwüchse, insbesondere Früchte und Zinsen, umfaßt, soweit sie den Gegenstand noch vorhandener Bereicherung bilden. Die Fassung des Satzes gefährdet sein Verständniß. Sie kann zu dem Irrthume verleiten, daß der Bereicherte jede Vermögensvermehrung herauszugeben hat, die ihm durch besonders vortheilhafte Geschäfte mittelst Anwendung des Empfangenen ermöglicht worden ist.

Für das der condictio ob causam nachgebildete Klagrecht der §§ 742—744 soll anscheinend der von Windscheid in die Rechtswissenschaft eingeführte Begriff der Voraussetzung nutzbar gemacht werden. Bei der Aufstellung des fraglichen Begriffs ist die Absicht dahin gegangen, in einer Reihe von Rechtserscheinungen, die auf einen gemeinsamen rechtlichen Gesichtspunkt hinweisen, ohne daß es aber bis dahin gelungen war, den ihnen gemeinschaftlichen Rechtsgedanken befriedigend klar zu stellen, den Rechtsgedanken, der in ihnen Gestalt gewonnen hatte, zu erkennen und damit anderweit nutzbar zu machen. Der neu aufgestellte Rechtsbegriff ist viel bekämpft worden, hat aber, auch in der Rechtsprechung, unzweifelhaften Erfolg gehabt, vielleicht einen im Sinne seines Urhebers selbst zu großen Erfolg. Denn es wird nicht verkannt werden können, daß eine ausgiebige Verwerthung des Begriffs die Rechtsprechung der Gefahr entgegenführt, die bindende Kraft des zum Ausdrucke gelangten Vertragswillens zu Gunsten des Vertragschließenden, der die möglichen Folgen des Vertragschlusses sich nicht ausreichend zum Bewußtsein gebracht hat, mit Hilfe gewisser Billigkeitsrücksichten, mit denen sich der Begriff der Voraussetzung nothdürftig ausfüllen läßt, zu beeinträchtigen. Der Entwurf hat der Voraussetzung die Bedeutung nicht eingeräumt, sie als eine Beschränkung der Wirksamkeit von Verträgen allgemein hinzustellen (zu vergl. oben Eingang des § 9). Sie ist also nur da zu berücksichtigen, wo der Entwurf ihrer besonders erwähnt. Und in Ansehung des in den §§ 742—744 bestimmten Klagrechts kann sie nicht die Bedeutung haben, daß — abgesehen von den Fällen, in denen die Voraussetzung als Beschränkung der Vertragswirksamkeit ausdrücklich anerkannt ist, — ein Anspruch auf Rückgabe einer Vertragsleistung in den Fällen stattfinde, in denen ein bindender Vertrag an sich geschlossen ist und nur die Voraussetzung ein Grund sein könnte, den Vertrag für nicht bindend zu erachten. Dieser Gesichtspunkt ist auch in den Motiven (II, 843) angedeutet. Man wird also anzunehmen haben, daß mit dem gewählten Ausdruck „Voraussetzung" das Klagrecht der bisherigen condictio ob causam datorum durch die §§ 742—744 eine wesentliche Aenderung nicht erleiden soll.

Digitized by Google

Die Streitfrage, wie die Beweislast bei dem in Rede stehenden Klagrechte sich gestaltet, ob nämlich der Kläger den Nichteintritt der causa zu beweisen hat, oder ob der Eintritt derselben zur Beweislast des Beklagten gehört, wird vom Entwurfe nicht entschieden. Die Motive bemerken (II, 843), daß die Entscheidung der Wissenschaft überlassen werden müsse. Es darf angenommen werden, daß die Verfasser des Entwurfs die Frage, obwohl sie in der Wissenschaft vielfach erörtert worden und auch zur Entscheidung des Reichsgerichts (Entscheidungen XIV, 223 ff.) gekommen ist, noch nicht für spruchreif angesehen haben. Daß eine Erledigung der Streitfrage durch die Gesetzgebung wünschenswerth ist, wird sich nicht bezweifeln lassen. Daß die Frage mindestens ebenso spruchreif ist, wie die vom Entwurf entschiedene Frage nach der Beweislast bei der Bedingung (zu vergl. oben § 9), scheint mir ebenfalls angenommen werden zu müssen.

Wenig glücklich erscheint mir der schon durch seine Schwerfälligkeit auffallende Satz des § 744. Er soll für die in Frage stehenden Fälle der condictio ob causam dem oben besprochenen und als bedenklich hingestellten Grundsatze in der Art Ausdruck geben, daß gegen den Empfänger, welchem nach dem Empfange bekannt wird, daß die Voraussetzung nicht in Erfüllung gehen kann und daß der Geber hiervon nicht unterrichtet war, mit dem Zeitpunkte der Erlangung dieser Kenntniß die Wirkungen der Rechtshängigkeit eintreten. Nach den Schlußworten des § 744 sollen diese Wirkungen sogar schon in dem Zeitpunkte Platz finden, in welchem der Empfänger erfährt, daß die Voraussetzung sich nicht erfüllt hat.

Unter besonderer Nummer wird die condictio ob causam finitam behandelt (§§ 745, 746). Auch hier wird von dem oben erwähnten Grundsatze über Anwendung der Rechtsnormen, welche die Wirkungen der Rechtshängigkeit betreffen, Gebrauch gemacht. Der Empfänger soll nämlich von dem Zeitpunkte an, in welchem er erfährt, daß der Rechtsgrund der Leistung weggefallen ist, nach Maßgabe jener Rechtsnormen haften, und zwar ebenso wie in den oben besprochenen Fällen ohne Rücksicht darauf, ob ihm bekannt ist, daß der Leistende den Willen hat, den Rückforderungsanspruch geltend zu machen. Wie bedenklich diese, nach dem bisherigen Stande der Wissenschaft und der Rechtsprechung nicht gerechtfertigte Anwendung der Grundsätze von den Wirkungen der Rechtshängigkeit im Uebrigen auch sein mag, in den Fällen der §§ 746, 747 des Entwurfs erscheint sie gerechtfertigt. Die hier getroffenen Bestimmungen lassen für den Rückforderungsanspruch schon mit dem Zeitpunkte der Leistung die Wirkungen der Rechtshängigkeit eintreten, wenn die Leistung auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren und demnächst aufgehobenen Urtheils oder

Digitized by Google

eines im Urkunden- oder Wechselprozesse unter Vorbehalt der Rechte oder eines in der Berufungsinstanz unter Vorbehalt der Geltendmachung von Vertheidigungsmitteln oder nach Trennung der Verhandlung über die Klage und eine zur Aufrechnung gebrachte Gegenforderung unter Vorbehalt der Entscheidung über die letztere ergangenen und auf Grund des Vorbehaltes aufgehobenen Urtheils erfolgt ist. In diesen Fällen ist die Annahme der Rechtshängigkeit durch das Vorhandensein des noch nicht zum endgültigen Austrage gebrachten Rechtsstreites begründet.

Der Entwurf gibt eine Rückforderungsklage, wenn die Annahme der Leistung nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts gegen die guten Sitten oder die rechtliche Ordnung verstößt (§ 747). Die Klage fällt in ihren Voraussetzungen mit der condictio ob turpem causam nur zum Theile zusammen. Die letztere ist auf die Fälle berechnet, in denen die Erwartung einer künftigen Leistung oder Unterlassung der Grund der den Gegenstand der Rückforderung bildenden Leistung ist. Der Entwurf will die Klage ohne Einschränkung auf die Fälle geben, in welchen die Leistung zum Zwecke der Erlangung eines künftigen Erfolges gemacht ist. Ein Bedürfniß für diese Erweiterung des Klagebereichs ist schwer anzuerkennen. Bezieht sich die Leistung, deren Rückforderung in Frage steht, auf einen der Vergangenheit angehörigen Vorgang, liegt also auf dem Leistenden nicht der Druck der Erwartung einer künftigen Handlung oder Unterlassung, die er abwenden will, so ist ein innerer Grund für die Gestattung der Rückforderung der von freien Stücken durch ihn bewirkten Leistung nicht wohl zu erkennen. Wer ohne jenen Druck freiwillig leistet, wovon er weiß, daß er es zu leisten nicht verpflichtet ist, und daß der Empfang auf der anderen Seite gegen die guten Sitten oder gegen die öffentliche Ordnung verstößt, sollte keinen Anspruch darauf haben, der Rückforderung gegenüber besser gestellt zu werden, als derjenige, der durch die Leistung selbst gegen die guten Sitten oder gegen die öffentliche Ordnung verstößt.

Den Umfang des Rückforderungsanspruchs bestimmt der Entwurf beim verwerflichen Empfange dahin, daß der Empfänger von der Zeit des Empfanges an zur Herausgabe des Geleisteten nach Maßgabe der Vorschriften verpflichtet ist, welche gegen den Empfänger einer Nichtschuld gelten, wenn dieser nach der Leistung erfahren hat, daß die Verbindlichkeit, zu deren Erfüllung geleistet worden, nicht bestanden hat (§ 747 Abs. 2).. Dieser Satz des Entwurfs ist nicht ganz verständlich. Der nachmals erlangten Kenntniß des Empfängers einer Nichtschuld davon, daß die Schuld nicht bestanden hat, legt der Entwurf (§ 741 Abs. 2) Wirkungen betreffs der Erweiterung der Haf-

Digitized by Google

prozesse des heutigen gemeinen und des königlich sächsischen Rechtes." Aus späterer Zeit läßt die in einigen Urtheilen höchster Gerichte noch vorkommende Ausdehnung der Spolienklage auf den Pächter eine Anlehnung an jene Auffassung erkennen.

Der dem bloßen Inhaber gewährte Rechtsmittelschutz hat aber vermöge des sowohl im gemeinen Rechte, als auch im preußischen Rechte geltenden Rechtssatzes, daß der Besitzer gegen den bloßen Inhaber, der in seinem Namen die Sache hat, regelmäßig zur Selbsthilfe berechtigt ist, eine gewisse Begrenzung, vermöge deren dem bloßen Inhaber eine Klage auf Wiedereinräumung der Inhabung gegen den, in dessen Namen er die Sache hatte, versagt werden muß. Der Entwurf steht auf einem anderen Standpunkte. Nach ihm ist der Besitzer dem Inhaber gegenüber, der ihm die Herausgabe der Sache verweigert, zur Selbsthilfe nicht berechtigt. Der Entwurf sieht vielmehr ein Verhalten des Besitzers gegen den Inhaber, durch welches der Erstere dem Letzteren wider dessen Willen die Inhabung der Sache entzieht, als verbotene Eigenmacht an (§ 814). Er gibt dem Inhaber auch gegen den, der ihm die Sache zur Inhabung anvertraut hat, die Befugniß, mit Gewalt der Entziehung der Sache sich zu erwehren und die Sache, wenn sie eine bewegliche ist, dem auf der That betroffenen oder bei sofortiger Nacheile erreichten Thäter mit Gewalt wieder abzunehmen, wenn sie aber eine unbewegliche ist, sofort nach erlangter Kenntniß von der Entziehung sich die Inhabung, unter gewissen Voraussetzungen auch mit Gewalt gegen die Person wieder zu verschaffen (§ 815). Der Entwurf gibt ferner dem Inhaber eine Klage auf Wiederherstellung der ihm wider seinen Willen entzogenen Inhabung und auf Schutz der Inhabung gegen jeden, der ihm die Inhabung wider seinen Willen entzogen oder ihn in derselben gestört hat, auch gegen den, der ihm die Sache zur Inhabung anvertraut hat (§ 821). Dieser Klage gegenüber kann der Beklagte das Recht auf die Inhabung oder das Recht zur Vornahme der als Störung gerügten Handlung nur in sofern geltend machen, als solches erforderlich ist, um klar zu legen, daß verbotene Eigenmacht nicht verübt worden sei (§ 822). Der Beklagte, der die Sache dem Kläger zur Inhabung anvertraut hat, wird also, wenn er dem Kläger wider dessen Willen die Sache entzogen oder ihn in der Inhabung gestört hat, mit dem Rechtsbehelfe nicht gehört, daß der Kläger nach dem zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisse verpflichtet sei, ihm — dem Beklagten — die Sache herauszugeben. Auch wird dem Besitzer eine Klage aus dem Besitze gegen den Inhaber, dem er die Sache anvertraut hat und der ihn als Herrn der Sache nicht mehr anerkennen will, auf Schutz im Besitze oder auf Wiederherstellung des

Digitized by Google

Besitzes versagt. Es bleibt ihm gegen den ungetreuen Inhaber nur die Klage aus dem bestehenden Rechtsverhältnisse auf Räumung der Inhabung (§ 822). Dagegen wird dem Besitzer, der die Sache zur Inhabung einem Anderen anvertraut hat, neben dem Inhaber ein Klagrecht gegen Dritte, welche den Inhaber in der Inhabung gestört oder ihm dieselbe entzogen haben, auf Untersagung der Störung oder auf Wiederherstellung der Inhabung und, wenn im Falle der Entziehung der Inhabung der frühere Inhaber dieselbe nicht wieder übernehmen will, auf Räumung der Inhabung für den Besitzer selbst gegeben (§ 821).

Die vorstehend bezeichneten Rechtssätze sollen die alten, auf dem Gebiete des Besitzschutzes bestehenden Streitfragen damit wegräumen, daß sie im Wesentlichen neues Recht an die Stelle des bisherigen Rechtes mit jenen Streitfragen setzen. Von diesem neuen Rechte wird zwar anzuerkennen sein, daß mit seinen Sätzen ein folgerichtiger Aufbau auf der neu angenommenen Grundlage aufgeführt ist. Aber gerade die Wahl dieser neuen Grundlage, als welche sich ein bis zur Absolutheit der Rechtsverfolgung gesteigerter Schutz der Inhabung gegen jeden, der die Inhabung stört oder sie dem Inhaber wider dessen Willen entzieht, darstellt, scheint mir als eine wenig glückliche bezeichnet werden zu müssen. Zu Gunsten derselben kann geltend gemacht werden, daß sich die neuen Rechtssätze an die auf deutschem Boden entstandene Rechtsauffassung Nettelbladt's und Leyser's und die sich derselben anschließenden Sätze des preußischen Landrechts anlehnen, auf den Grundgedanken jener Rechtsauffassung sich zurückführen lassen und als eine neue und besonders scharfe Ausprägung dieses Grundgedankens angesprochen werden mögen. Allein damit läßt sich die Einführung der Sätze in das Gesetzbuch nicht rechtfertigen. Ein praktisches Bedürfniß kann für sie in der Gestalt, die ihnen der Entwurf gegeben hat, mit Erfolg nicht angerufen werden. Für einen selbständigen Rechtsschutz der Inhabung Dritten gegenüber lassen sich Zweckmäßigkeitsgründe, über deren Gewicht gestritten werden kann, geltend machen. Zu Gunsten eines solchen Schutzmittels ist die Erwägung verwerthbar, daß unter gewissen Umständen der Besitzer, in dessen Abwesenheit der Inhaber gestört oder der Inhabung entsetzt wird, mit den ihm zur Seite stehenden Schutzmitteln zu spät kommen kann, um mittelst derselben seine Rechte und Interessen ausreichend zu wahren. Anders liegt die Zweckmäßigkeitsfrage, wenn es sich um die Klage des Inhabers gegen den, in dessen Namen Jener die Sache inne hat oder inne gehabt hat, auf Schutz oder Wiederherstellung der Inhabung handelt. Hier scheinen die Klagen aus dem Rechtsverhältnisse und das Mittel der einstweiligen Verfügung zum Schutze der

Digitized by Google

Rechte und der berechtigten Interessen auszureichen. Man kann indeß zugeben, daß die Zweckmäßigkeitsfrage für die Fälle, in denen der Inhaber die Sache zum Zwecke der Benutzung oder der Sicherung inne hat oder in denen ein sonstiges bestimmtes rechtliches Interesse des Inhabers an der Inhabung abgesehen von der Thatsache des bloßen Habens besteht, auch zu Gunsten der Einführung einer Klage auf Schutz oder Wiederherstellung der Inhabung gegen den, in dessen Namen der Inhaber die Sache hat oder gehabt hat, sich beantworten läßt. Jenseits der solchergestalt gezogenen Grenzen sollte aber für einen Schutz der Inhabung als solcher kein Raum gegeben sein. Der Entwurf überschreitet diese Grenzen. Er gibt die Klage auf Wiederherstellung der Inhabung dem früheren Inhaber gegen den Herrn der Sache, von dem er die Sache zur Inhabung erhalten hatte, ohne Rücksicht auf das Vorhandensein eines rechtlichen Interesses, lediglich auf Grund der Thatsache, daß der Herr der Sache dem Inhaber die Inhabung wider dessen Willen entzogen hat, gleichviel, ob die Inhabung eine berechtigte gewesen ist und ob der Beweggrund, aus welchem der Inhaber sie freiwillig zu räumen sich geweigert hat, auf Billigung Anspruch hat oder nicht. Eine solche Klage befindet sich außerhalb der Möglichkeit, daß die Bedürfnißfrage oder auch nur die Zweckmäßigkeitsfrage zu ihren Gunsten aufgeworfen wird. Vielleicht ist die Rechtsauffassung in der Zeit, in welcher man mit dem canon Redintegranda eine nach heutiger Rechtsanschauung unverständliche Ausdehnung der Spolienklage zu rechtfertigen suchte, eine andere gewesen. Heutigen Tages ist jenes Klagrecht unmöglich. Ich will das Klagrecht und seine Konsequenzen an einem Beispiele beleuchten: A gibt seinem Diener B den Auftrag, eine Sendung nach der Post zu bringen, ändert aber bald nach dem Weggange des Dieners seinen Willen und ruft den Diener zurück. Dieser sagt den Gehorsam auf und weigert sich die Sendung zurückzugeben. Soll A gehindert sein, dem B die Sendung mit Gewalt abzunehmen? Der Entwurf findet in der Anwendung von Gewalt seitens des A verbotene Eigenmacht und gibt dem B das Recht, sich mit Gewalt als Inhaber der Sache zu behaupten. — Es gelingt indeß dem A vielleicht mit Hilfe eines Schutzmannes, sich der Sache zu bemächtigen. B erhebt gegen A Klage auf Wiedereinräumung der Inhabung. Dieser Klage gegenüber wird A nach dem Entwurf mit dem Rechtsbehelf, daß B als Bote des A die Sache erhalten habe und dem Geheiß, sie zurückzugeben, nicht nachgekommen sei, nicht gehört. Er muß verurtheilt werden, die Sache dem B herauszugeben. Seinerseits ist er zur Geltendmachung seines Rechtes auf die Klage aus dem Rechtsverhältnisse selbst angewiesen. Und er kann seine Verurtheilung nur abwenden, wenn es ihm gelingt,

Digitized by Google

auf die von ihm angestellte Klage ein obsiegliches Urtheil zu erstreiten, bevor der von dem B gegen ihn erhobene Rechtsstreit spruchreif wird.

Während der Entwurf dem hergebrachten Besitzschutze schrankenlose Ausdehnung auf jede Inhabung gibt, beseitigt er die bisherige Ausdehnung desselben auf Rechte fast vollständig. Die einzige Erinnerung an den Schutz des Rechtsbesitzes findet sich im § 979, nach welcher Vorschrift zu Gunsten des Inhabers eines Grundstücks, der an der Ausübung einer für den Eigenthümer desselben in das Grundbuch eingetragenen Grunddienstbarkeit verhindert oder in deren Ausübung gestört worden ist, die auf den Schutz der Inhabung einer Sache bezüglichen Vorschriften der §§ 814, 815, 818 bis 824 zur Anwendung kommen sollen, wenn und soweit die Grunddienstbarkeit innerhalb eines Jahres vor der Hinderung oder Störung, sei es auch nur einmal, ausgeübt worden ist. Der Inhaber des Grundstückes darf also, wenn die angegebenen Voraussetzungen vorliegen, die Störung mit Gewalt zurückweisen, der Verhinderung Gewalt entgegensetzen (§ 815 Abs. 1). Er muß sogar eine versuchte Verhinderung mit Erfolg zurückweisen, wenn er sich die Befugniß wahren will, bei künftigen Ausübungshandlungen einer Störung Gewalt entgegenzusetzen (§ 815 Abs. 3). Der Störung oder Verhinderung der Ausübung gegenüber hat er eine Klage auf Schutz seiner Ausübung des Rechtsinhaltes der eingetragenen Grunddienstbarkeit, ohne daß der Beklagte aus dem mangelnden Rechte des Klägers zur Inhabung des Grundstücks einen Rechtsbehelf gegen die Klage herleiten kann (§§ 819, 822). Daß die Eintragung der Grunddienstbarkeit als Erforderniß des Besitzschutzes hingestellt wird, folgt daraus, daß nach dem Entwurfe eine Grunddienstbarkeit ohne Eintragung überall nicht stattfinden kann (§ 828). Vermöchte dieser letztere Satz den dagegen von mehreren Seiten gerichteten Angriffen nicht stand zu halten, so würde der § 979 entweder gestrichen oder, wenn die Frage nach dem Bedürfnisse eines possessorischen Schutzes für Grunddienstbarkeiten nicht überhaupt verneint werden könnte, durch eine andere Rechtsnorm ersetzt werden müssen.

Mit der Beschränkung, welche sich der Entwurf dem Schutze des Rechtsbesitzes gegenüber aufgelegt hat, werden alle bisherigen, auf diesen Schutz bezüglichen Streitfragen beseitigt. Und damit, daß der Rechtsbesitz auch für die Ersitzung seine Bedeutung verloren hat, weil nach dem Entwurfe nur Sachen, keine Rechte ersessen werden können, erledigen sich ferner die Streitfragen, die sich auf die Fähigkeit der verschiedenen Rechte, besessen und ersessen zu werden, beziehen. Diesem Reinhalten des Entwurfes von den Überresten eines allmählich überwundenen Rechtszustandes steht die bereits besprochene anachronistische

Digitized by Google

Behandlung, welche der Schutz der Inhabung im Entwurfe erhalten hat, in nicht ganz stilgerechter Weise gegenüber.

§ 23. Der Besitz als Eigenthumsposition.

Mit der Loslösung des Besitzes von den Rechtsmitteln des Besitzschutzes war die Möglichkeit gegeben, die den Begriff des Besitzes, die Voraussetzungen seines Bestehens, seinen Erwerb und seinen Verlust betreffenden Rechtsnormen dergestalt in Beziehung zum Eigenthume zu bringen, daß ihre Bedeutung im System sich im Wesentlichen darauf beschränkt, Voraussetzungen für den Eigenthumserwerb zu enthalten.

Für bewegliche Sachen ist der Besitzerwerb durch Uebergabe Voraussetzung des Eigenthumserwerbes mittelst rechtsgeschäftlicher Uebertragung des Eigenthums (§ 874). Ist die Eigenthumsübertragungserklärung des bisherigen Eigenthümers durch ein Urtheil ersetzt, so gilt die Uebergabe der Sache in dem Zeitpunkte als vollzogen, in welchem der Gerichtsvollzieher die Sache behufs der Ablieferung an den Erwerber weggenommen hat (§ 875). Der Gerichtsvollzieher ist also solchenfalls der Besitzvertreter des Erwerbers der Sache. Der Besitzerwerb ist ferner für bewegliche herrenlose Sachen Voraussetzung des Eigenthumserwerbes durch Zueignung (§ 903).

An unbeweglichen Sachen wird Eigenthum weder im Falle rechtsgeschäftlicher Uebertragung, noch im Falle der Aneignung bei Herrenlosigkeit der Sache durch Besitzergreifung, sondern in beiden Fällen ohne Rücksicht auf Besitz mit der Eintragung in das Grundbuch erworben (§§ 828. 872).

Für bewegliche Sachen ist ferner der Besitzerwerb und das Fortbestehen des Besitzes bis zum Ende der Ersitzungszeit Voraussetzung des Eigenthumserwerbes durch Ersitzung (§ 881). An unbeweglichen Sachen findet ein Eigenthumserwerb durch Ersitzung nicht statt. Der Besitzerwerb und die Fortdauer des Besitzes haben aber hier die Bedeutung, daß derjenige, der ein Grundstück seit dreißig Jahren nach dem Tode des letzten eingetragenen Eigenthümers in Besitz gehabt hat, zu dem Antrage auf Erlaß des Aufgebotsverfahrens behufs Ausschließung des bisherigen Eigenthümers zugelassen wird und nach Erlassung des Ausschlußurtheils das Eigenthum durch die Eintragung als Eigenthümer in das Grundbuch erlangt (§ 873).

Für die Eigenthumsverfolgung kommt der Besitz insofern in Betracht, als der Eigenthumsanspruch auf Herausgabe der Sache gegen den Besitzer stattfindet. Außer dem Besitzer ist aber auch der Inhaber der richtige Beklagte (§ 929).

Digitized by Google

§ 24. Erwerb und Verlust des Besitzes.

Zum Besitzerwerbe gehört, daß der Besitzergreifende den Willen habe, die Sache als die seinige zu haben (§ 797). Der Prekarist, der Pfandgläubiger, der Sequester werden also, dem Verwendungszwecke des Besitzbegriffs entsprechend, aus dem letzteren ausgeschieden.

Wie subjektiv der Wille, die Sache als die eigene zu haben, zum Besitzerwerbe gehört, so ist auch objektiv Besitz nur insoweit möglich, als Eigenthum an der Sache möglich ist (§ 798 Abs. 1). Der Satz hat Geltung für die durch positivrechtliche Bestimmung dem Rechtsverkehre und damit dem Privateigenthume entzogenen Sachen. Im Entwurfe findet sich keine Bestimmung, durch welche eine Sache aus irgend einem Grunde des Privateigenthums für unfähig erklärt wird. Der Satz kann also nur landesrechtliche Normen im Auge haben (Motive III, 84).

Der Entwurf enthält sodann den Satz: „An wesentlichen Bestandtheilen einer Sache findet von dem Besitze der letzteren abgesonderter Besitz nicht statt" (§ 798 Abs. 2). Dazu bemerken die Motive: „Seine praktische Hauptanwendung erleidet das Prinzip, daß Besitzmöglichkeit und Eigenthumsmöglichkeit sich decken, in dem im zweiten Abschnitte des § 798 besonders hervorgehobenen Falle, daß zwar Eigenthum an der Sache möglich ist, aber nicht verschiedenes Eigenthum an den wesentlichen Bestandtheilen einer Sache" (Motive III, 84).

Näheren Aufschluß über die Tragweite des Satzes geben die in den §§ 890, 891 des Entwurfes enthaltenen Rechtsnormen. Die erstere besagt, daß eine bewegliche Sache, die durch Verbindung mit einem Grundstücke ein wesentlicher Bestandtheil desselben wird, in das Eigenthum desjenigen übergeht, welcher Eigenthümer des Grundstücks ist. Die andere bestimmt, daß, wenn bewegliche Sachen dergestalt mit einander verbunden werden, daß sie wesentliche Bestandtheile der durch die Verbindung entstandenen Sache bilden, die bisherigen Eigenthümer der einzelnen Sachen Miteigenthümer der durch die Verbindung entstandenen Sache nach Verhältniß des Werthes werden, welchen die einzelnen Sachen zur Zeit ihrer Verbindung hatten, — daß jedoch, wenn eine der verbundenen Sachen im Verhältnisse zu der anderen als die Hauptsache anzusehen ist, der Eigenthümer der Hauptsache das Alleineigenthum der durch die Verbindung entstandenen Sache erwirbt.

Die Rechtsnorm des § 890, welche in ihrer Anwendung auf verbaute Baumaterialien ihre wesentliche Bedeutung hat, beseitigt die gemeinrechtlichen Bestimmungen betreffs des tignum iunctum, an welchem das Eigenthum durch die Einfügung in das Gebäude nicht

Digitized by Google

verloren wird, sondern während der Dauer der Verbindung nur nicht geltend gemacht werden kann. Die Norm des § 891 enthält neues Recht. Nach geltendem Rechte kommt es bei der Frage der Fortdauer des Eigenthums an den verbundenen beweglichen Sachen darauf an, ob die Sachen durch die Verbindung ihr früheres Dasein dergestalt verloren haben, daß der frühere Zustand nicht mehr wiederhergestellt werden kann, während die Frage der Besitzfortdauer mit der Frage der Eigenthumsfortdauer überhaupt nicht zusammenfällt, sondern unter anderen Normen steht. Ein Bedürfniß der Abänderung des geltenden Rechtes in der Art, daß die Fortdauer des besonderen Eigenthums an den verbundenen Sachen nicht mehr von der Möglichkeit der Wiederherstellung des früheren Zustandes abhängt, sondern davon, ob die verbundenen Sachen wesentliche Bestandtheile der durch die Verbindung entstandenen Sache bilden, ist in den Motiven nicht angegeben. Auch ist anderweit nicht bekannt, daß sich ein Bedürfniß der Abänderung herausgestellt habe. Daß aber eine Abänderung beabsichtigt worden sei, läßt sich nach dem Wortlaute des § 891 kaum bezweifeln.

Mit der Bestimmung, daß an wesentlichen Bestandtheilen einer Sache ein von dem Besitze der letzteren abgesonderter Besitz nicht stattfinde, und den Rechtsnormen der §§ 890 und 891 würden sich die großen und kleinen Streitfragen erledigen, zu denen im gemeinen Rechte die l. 23 pr. § 2 l. 30 § 1 D. de usurp. (41,3), l. 7 § 1 D. ad exhib. (10,4) Veranlassung gegeben haben. Es sind dies folgende: Sind die zum Baue eines Hauses verwendeten Baumaterialien für den Besitzer des Hauses ebenfalls Gegenstand des Besitzes und können sie daher von ihm ersessen werden? Setzt derjenige, der fremde, in seinem Besitze befindliche Baumaterialien zum Baue eines Hauses verwendet, den Besitz an denselben in und mit dem Hause fort, so daß auch die Ersitzung nach der Verwendung Fortgang behält? Wie ist die Frage der Fortsetzung des Besitzes und der Ersitzung zu beantworten, wenn Jemand einen Siegelring besitzt, in welchen ein fremder Stein gefaßt ist? Wie ist sie zu beantworten, wenn Jemand einen Wagen in Besitz hat, an welchem sich ein fremdes Rad befindet?

Der Lösung, welche die auf die Verwendung von Baumaterialien zum Hausbau bezüglichen Fragen im Entwurfe gefunden haben, werden sich erhebliche Zweifelsgründe nicht entgegenstellen lassen. Der Satz von dem fortbestehenden, aber bis auf Weiteres nicht verfolgbaren Eigenthume am tignum iunctum wird ohne Bedenken zu Grabe getragen werden können. Anders aber verhält es sich mit der Lösung, welche die anderen beiden, auf die als Beispiele zusammengesetzter Sachen typisch gewordenen Verbindungen von Ring und Gemme, von Rad und Wagen bezüglichen Fragen im Entwurf gefunden haben.

Digitized by Google

Der römische Jurist entscheidet, daß Gemme und Gold, da sie ohne Schwierigkeit von einander getrennt werden können, trotz der Verbindung zum Siegelringe in ihren alten Besitzverhältnissen verbleiben. Ein innerer Grund, weshalb dies anders gehalten werden soll, ist auch nicht aufzufinden. Warum soll derjenige, der eine Gemme in fremdem Namen inne hat, gehindert sein, diese Inhabung fortzusetzen, wenn er die Gemme in einen eigenen Ring hat fassen lassen? Damit ist auch die Frage bejahend entschieden, ob der Besitzer der Gemme nach ihrer Verbindung mit dem Ringe Besitz und Ersitzung der Gemme fortsetzen kann. Der Entwurf beantwortet die Fragen anders. Ring und Gemme bilden in ihrer Verbindung den Siegelring und werden ohne Zweifel als wesentliche Bestandtheile desselben, als einer durch ihre Verbindung entstandenen Sache, angesehen werden müssen. Haben sie verschiedene Eigenthümer, so hört mit ihrer Vereinigung das Sondereigenthum jedes Einzelnen auf. Und ein Sonderbesitz ist ebenfalls nicht mehr möglich.

Nicht ganz gleich liegt nach römischem Rechte die Verbindung des Rades mit dem Wagen. Die römischen Rechtsbücher enthalten keine unzweideutige Entscheidung der Frage. Der Streit unter den neueren Juristen über die Frage ist nicht zum Austrage gelangt. Die Unmöglichkeit eines Sonderbesitzes am Rade ist insbesondere von Kierulff mit besonderer Schärfe behauptet, von Anderen mit guten Gründen bekämpft worden. Der Natur der Sache scheint die Möglichkeit eines gesonderten Besitzes am Rade so wenig zu widersprechen, als die Möglichkeit nicht wird bestritten werden können, daß der Besitzer eines Wagens das eine Rad desselben als Besitzvertreter eines Anderen, also etwa als Entleiher bis zur Vollendung einer durch einen Radbruch unterbrochenen Fahrt, haben will, während er den übrigen Wagen mit dem Eigenthumswillen inne hat. Aber mit dem § 798 Abs. 2 wird sich allerdings ein von dem Besitze des Wagens abgesonderter Besitz am Rade schwer vertragen.

Die Fassung der §§ 798 Abs. 2, 891 erinnert an eine Stelle in Windscheid's Pandekten (I S. 495), wo der Besitz an Sachen, welche Bestandtheile einer anderen Sache sind, für nicht möglich erklärt wird. Und man könnte bei dem Suchen nach dem Ursprunge der in den §§ 798 Abs. 2, 891 formulirten Sätze auf den Gedanken kommen, daß der Entwurf im § 798 Abs. 2 jenen auf die Möglichkeit der Besitzfortdauer bezüglichen Ausspruch Windscheid's sich hat aneignen und im § 891 denselben Satz für die Beantwortung der Frage der Eigenthumsfortdauer nach der Verbindung beweglicher Sachen mit einander hat nutzbar machen wollen. Der Satz Windscheid's ist aber nach der ausführlichen Erörterung desselben Gelehrten in

Digitized by Google

Sell's Jahrbüchern Bd. 1 XII dahin zu verstehen, daß die Möglichkeit, die mit einander verbundenen Sachen nach der Verbindung als besondere Sachen zu besitzen, mit der Möglichkeit zusammenfällt, sich die verbundenen Sachen trotz der Verbindung als die, welche sie gewesen, vorzustellen, sie sich als einzelne zu denken. Eine Rechtsnorm dieses Inhaltes würde eine befriedigendere Lösung der die Fortdauer des Besitzes betreffenden Streitfrage sein, als der Satz des § 798 Abs. 2. Windscheid nimmt auch von seinem Standpunkte aus die Fortdauer eines gesonderten Besitzes an dem mit dem Ringe verbundenen Steine ebenso an, wie an dem mit dem Wagen verbundenen Rade. Vielleicht ist es die Absicht der Verfasser des Entwurfes gewesen, dem dargelegten Windscheid'schen Gedanken im § 798 Abs. 2 Ausdruck zu geben. Allein während der Gedanke Windscheid's, wie er in den Pandekten ausgedrückt ist, durch die Ausführungen in Sell's Jahrb. dem richtigen Verständniß sich erschließt, können die Sätze in den §§ 798 Abs. 2, 891 des Entwurfes nur so verstanden werden, wie der Wortlaut besagt. Dann aber befriedigt die Lösung der die Fortdauer des Besitzes betreffenden Streitfrage nicht. Und noch bedenklicher ist die völlig abweichend vom geltenden Rechte beliebte Benutzung dieser Lösung für die Frage der Eigenthumsfortdauer.

Der § 801 bestimmt, daß auf den Besitzerwerb durch einen Vertreter die Vorschriften über den Erwerb aus einem von dem Vertreter vorgenommenen Rechtsgeschäfte entsprechende Anwendung finden sollen. Nach diesen Vorschriften (§§ 115 ff.) ist die gemeinrechtliche Streitfrage, ob der procurator omnium bonorum schon durch seine eigene Besitzergreifung den Besitz für den Geschäftsherrn erwerbe oder ob zu dieser Besitzergreifung die Seitens des Herrn erlangte Kenntniß von der Besitzergreifung hinzukommen müsse, dahin entschieden, daß eine jede von dem Vertreter innerhalb der Grenzen seiner Vertretungsmacht vollzogene Besitzergreifung als solche ohne Rücksicht darauf, wie eng oder weit die Grenzen der Vertretungsmacht gezogen sind, unmittelbar für den Geschäftsherrn wirksam wird, sofern die Handlung sich als eine solche darstellt, die der Vertreter im Namen des Vertretenen vornehmen will (§ 116).

Schwierigkeiten hat im gemeinen Rechte die l. 13 D. de donat. (39,5) gemacht, welche die Frage erörtert, wie es gehalten werden soll, wenn A dem Prokurator des B eine Sache für den B schenkungsweise übergibt, der Prokurator aber die Sache in Empfang nimmt, als wenn sie ihm geschenkt würde. Der Jurist entscheidet, die Sache werde nicht dem Prokurator, sondern dem Herrn erworben. Nach dem Entwurfe (§ 116) wird, wenn der zwischen dem Schenker und dem Prokurator erfolgte Rechtsvorgang nicht äußerlich erkennen läßt,

Digitized by Google

daß der Schenker dem Vertretenen schenken und der Vertreter für den Vertretenen Besitz ergreifen wolle, angenommen werden müssen, daß der Prokurator den Besitz für sich erworben habe.

Nicht zum vollen Verständniß gebracht habe ich mir die Bedeutung des § 126. „Ein einseitiges Rechtsgeschäft," heißt es hier, „kann von einem Anderen ohne Vertretungsmacht nicht wirksam vorgenommen werden." Hierauf folgt eine auf einseitige Rechtsgeschäfte, deren Wirksamkeit davon abhängig ist, daß sie gegenüber einem Betheiligten vorgenommen werden, bezügliche Ausnahmebestimmung, welche den Fall vorsieht, daß der Betheiligte sich mit der Vornahme einverstanden erklärt. Die Motive bemerken dazu (I, 244 f.), das Bedürfniß für die Vornahme rechtsgeschäftlichen Handelns in Vertretung ohne Vertretungsmacht beschränke sich im Wesentlichen auf die Eingehung von Verträgen. Weitere Ausführungen der Motive beziehen sich auf die dem angegebenen Satze des Entwurfs beigefügte Ausnahmebestimmung. Am Schlusse sprechen die Motive aus, daß der Zulassung der Vornahme derjenigen einseitigen Rechtsgeschäfte, zu deren Wirksamkeit nicht gehöre, daß sie gegenüber einer bestimmten Person vorgenommen werden, durch einen nicht ermächtigten Vertreter Bedenken entgegenstehen. — Nun kann zwar diese letztere Bemerkung in Beziehung auf eine Reihe von Rechtsgeschäften, insbesondere diejenigen, durch welche Rechte aufgegeben, Verbindlichkeiten übernommen werden, als richtig gelten. Aber für eine Rechtsnorm, welche einem von einem Anderen ohne Vertretungsmacht vorgenommenen einseitigen Rechtsgeschäfte allgemein — abgesehen von dem im § 126 beigefügten Ausnahmefalle — die rechtliche Wirksamkeit abspricht, vermag ich weder ein Bedürfniß zu erkennen, noch überhaupt eine Erklärung zu finden. Der Entwurf stellt in den §§ 800, 801 den Besitzerwerb unter die von Rechtsgeschäften geltenden Bestimmungen. Die Ergreifung des Besitzes an einer herrenlosen Sache muß also nach dem Entwurfe ebenso als ein einseitiges Rechtsgeschäft angesehen werden, wie sie nach den von den meisten Schriftstellern aufgestellten Begriffsbestimmungen des Rechtsgeschäftes unter diesen letzteren Begriff fällt. Wenn ich nun auf dem Jagdgrunde meines Freundes ohne Ermächtigung zur Ausübung der Jagd, aber in der durch persönliche Beziehungen gerechtfertigten Erwartung der Genehmigung meiner Handlungsweise die sich darbietende Gelegenheit, ein jagdbares Thier zu erlegen, benutze und an demselben mit dem Willen Besitz ergreife, durch meine Handlung meinen Freund zum Eigenthümer der Jagdbeute zu machen, so weiß ich nicht, wie eine solche Handlung als rechtlich wirkungslos soll angesehen werden können. Der Eintritt der beabsichtigten Wirkung ist so selbstverständlich, daß es keines Gesetzes zu bedürfen scheint, um den Eintritt zu rechtfertigen. Aber ebenso

Digitized by Google

wenig wird ein Gesetz der fraglichen Handlung die Wirkung nehmen können. Und doch läßt sich der § 126 nur dahin verstehen, daß damit jene Besitzergreifung für wirkungslos erklärt wird.

Auf die brevi manu traditio, die Uebergabe durch Anweisung und das constitutum possessorium beziehen sich die §§ 803 Abs. 2, 804, 805. Die im § 805 enthaltene Rechtsnorm erfordert zum Besitzübergange durch constitutum das Bestehen eines Rechtsverhältnisses, auf Grund dessen der bisherige Besitzer befugt oder verpflichtet ist, die Sache als Inhaber zu behalten. Damit ist in Uebereinstimmung mit der herrschenden Auffassung die Möglichkeit beseitigt, den Veräußerer der Sache, der die Macht über die Sache behält, lediglich durch den übereinstimmenden Willen des Veräußerers und des Erwerbers, daß der Besitz auf den Erwerber übergehe und der Veräußerer Besitzvertreter des Letzteren werde, zu solchem Besitzvertreter zu machen und dadurch den Uebergang von Besitz und Eigenthum zu bewirken.

Besondere Schwierigkeiten hat im gemeinen Rechte wegen der l. 18 pr. D. de vi et de vi (43,16) und der l. 18 § 1, l. 34 pr. D. de poss. (41,2) die Frage gemacht, ob derjenige, der einem Anderen eine Sache zu übergeben beabsichtigt, mit der von ihm erklärten Aufgebung des Besitzwillens und dem in Uebereinstimmung mit der Traditionsabsicht stehenden körperlichen Verhalten aufhöre, Besitzer zu sein, ob also der Besitzverlust ohne Rücksicht darauf eintrete, daß der Andere den Besitz nicht erwirbt, oder ob der Besitzverlust von dem Erwerbe des Besitzes durch den, welchem der bisherige Besitzer die Sache übergeben will, abhänge. Die Frage hat insbesondere Bedeutung in dem Falle, in welchem der Besitzer zu Gunsten eines Geschäftsunfähigen, den er für geschäftsfähig hält, den Besitz aufgeben will, sowie in dem Falle, in welchem der bisherige Besitzer seinen Besitzwillen in Beziehung auf ein bestimmtes Grundstück zu Gunsten des Anderen aufgibt, Jener aber ein anderes Grundstück übernehmen will. Die möglichen Fälle lassen — trotz der bekannten, in der l. 18 § 1 de poss. enthaltenen celsinischen Abfertigung — eine gleichmäßige Entscheidung der Frage nicht zu. Die Erklärung, den Besitz aufzugeben, steht unter dem Einflusse des mit der Uebergabe sich vollziehenden dinglichen Vertrages. Ihre Wirksamkeit ist an die Voraussetzung geknüpft, daß der Andere den Besitz erwirbt. Soweit also jene Erklärung in Frage steht, kann sie als Aufgeben des Besitzes nicht wirksam werden, wenn der Andere nicht Besitzer wird. Ausgeschlossen ist aber nicht, daß der Besitzer mit einem der Erklärung entsprechenden Handeln die Macht über die Sache und damit den Besitz verliert. — Nach dem Entwurfe wird die Frage in gleichem Sinne entschieden werden müssen.

Nicht verloren wird nach dem Entwurfe (§ 812) in Uebereins-

Digitized by Google

stimmung mit dem gemeinen Rechte der Besitz an einem Grundstücke dadurch allein, daß ein Anderer die thatsächliche Gewalt über das Grundstück ohne Wissen und Willen des Besitzers ausübt. Der Besitzverlust tritt solchenfalls erst ein, wenn der bisherige Besitzer oder, sofern dieser das Grundstück nicht selbst inne hatte, der bisherige Inhaber nicht sofort nach erlangter Kenntniß von den Besitzhandlungen des Anderen die thatsächliche Gewalt sich wieder verschafft. Hier wird also vom Entwurfe dem Besitzer gegen den Invadenten das alte römische Vertreibungsrecht gegeben, das ihm gegen den untreuen Besitzvertreter versagt wird.

Die durch l. 31 § 3 D. de usurp. (41,3) l. 40 § 1 l. 44 § 2 D. de poss. (41,2) c. 12 C. de poss. (7,32) hervorgerufene Streitfrage des Besitzverlustes in dem Falle, wenn der Besitzvertreter willensunfähig wird oder mit Tode abgeht, entscheidet der Entwurf im § 813 Abs. 1 dahin, daß der Besitz mit dem Tode oder der Geschäftsunfähigkeit des Inhabers nicht aufhört. Die Folge ist, daß der Besitzverlust bei beweglichen Sachen erst eintritt, wenn ein Anderer sich der Sache mit dem Besitzwillen bemächtigt, während der Besitz unbeweglicher Sachen nicht schon mit solcher Bemächtigung, sondern erst dadurch verloren wird, daß der bisherige Besitzer es versäumt, sofort nach erlangter Kenntniß von derselben die thatsächliche Gewalt über die Sache sich wieder zu verschaffen.

§ 25. IX. Ersitzung.

Die Ersitzung hat im Entwurfe außer ihrer Beschränkung auf bewegliche Sachen noch eine weitere Verminderung ihrer Bedeutung dadurch erhalten, daß bestimmte Rechtsvorgänge, mit deren Eintritte nach geltendem Rechte die Ersitzung zu laufen beginnt, nach dem Entwurfe den Eigenthumserwerb herbeiführen sollen. Eigenthum an beweglichen Sachen wird durch einen zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber zu schließenden, die Uebergabe der Sache begleitenden Vertrag erworben, welcher die Willenserklärung der Vertragschließenden enthält, daß das Eigenthum auf den Erwerber übergehe. Diese Eigenthumswirkung des mit der Uebergabe verbundenen Vertrages tritt auch in dem Falle ein, daß der Veräußerer nicht Eigenthümer war, sofern der Erwerber diesen Umstand bei dem sich vollziehenden Erwerbe nicht gekannt, seine Unkenntniß auch nicht auf grober Fahrlässigkeit beruht hat (§§ 874, 877). Der Vertrag ist als ein dinglicher Vertrag gedacht. Er setzt zu seiner Wirksamkeit regelmäßig Besitz des Veräußerers voraus.

Vorgesehen ist aber auch der Fall, in welchem der Veräußerer zwar Eigenthümer und Inhaber, aber nicht Besitzer ist. Hier soll die

Digitized by Google

Uebergabe dadurch ersetzt werden, daß der Veräußerer dem Erwerber die Inhabung einräumt und der Erwerber den Besitz ergreift (§ 874 Abs. 2). Raum für Anwendung dieser Bestimmung ist gegeben, wenn ein Entleiher, ein Verwahrer oder ein sonstiger Inhaber der Sache sich davon, daß ihm das Eigenthum an der Sache zustehe, überzeugt und nun den Entschluß faßt, die Sache zu veräußern, ohne sich vorher mit dem, von welchem er die Sache zur Inhabung erhalten hat, auseinanderzusetzen. Der Fall der Bestimmung liegt ferner dann vor, wenn der Inhaber der Sache, nachdem er die Kenntniß von seinem Eigenthume an derselben gewonnen, die Sache an den veräußert, von dem er sie zur Inhabung erhalten hat. Ich bezweifle aber, daß diese Fälle oder andere, für welche die Bestimmung noch passen könnte, die Vorsorge der Gesetzgebung erfordern. Die Rechtsprechung würde das Richtige auch ohne jene Vorschrift wohl zu treffen wissen.

Beim Eigenthumsmangel der Veräußerers tritt die Eigenthumswirkung des im § 874 beschriebenen dinglichen Vertrages nicht ein, wenn die Sache gestohlen oder verloren oder in anderer Weise ohne den Willen des Eigenthümers oder desjenigen, der sie für denselben inne hatte, aus deren Inhabung gekommen ist. Diese Ausnahmebestimmung gilt aber nicht, wenn Geld oder ein Inhaberpapier veräußert oder die Veräußerung in öffentlicher Versteigerung durch eine für dergleichen Akte öffentlich bestellte Person bewirkt ist (§ 879).

Die Eigenthumswirkung des in Rede stehenden Vertrages tritt beim Eigenthumsmangel des Veräußerers ferner nicht ein, wenn die Uebergabe durch constitutum possessorium (§§ 879, 805) oder durch brevi manu traditio unter den Voraussetzungen des § 874 Abs. 3 erfolgt. Die Motive (III, 345) bemerken, daß bei dem gutgläubigen Erwerbe die aus § 874 sich ergebenden Erfordernisse insofern verschärft werden, als stets Uebergabe, und zwar körperliche Uebergabe, erforderlich sei. Die Zweckmäßigkeit der Aufstellung dieses Erfordernisses soll nicht in Zweifel gezogen werden. Aber der Entwurf führt den Gedanken nicht folgerichtig durch. Für das constitutum possessorium ist das Erforderniß in den §§ 879, 805 in der Art unzweideutig ausgesprochen, daß bei einer Uebergabe, welche dadurch geschieht, daß der bisherige Besitzer dem zwischen ihm und dem Anderen bestehenden Rechtsverhältnisse entsprechend fortan als Inhaber im Namen des Anderen die Gewalt über die Sache ausüben zu wollen erklärt, der gute Glaube des Erwerbers beim Eigenthumsmangel des Veräußerers die Eigenthumswirkung nicht hat. Ueber die brevi manu traditio ist im § 874 Abs. 3 bestimmt, daß die Uebergabe der Sache nicht erforderlich sei, wenn der Erwerber sich bei Schließung des Vertrages bereits im Besitze der Sache befinde. Und

Digitized by Google

für diesen Fall wird im § 879 beim Eigenthumsmangel des Veräußerers dem guten Glauben des Erwerbers die Eigenthumswirkung zu Gunsten des Letzteren abgesprochen. Nun gibt es aber zwei Arten der brevi manu traditio. Man versteht darunter sowohl Uebertragung des Eigenthums durch bloße Willenserklärung, wenn der Erwerber schon Besitzer ist, als auch Uebertragung des Besitzes und des Eigenthums, wenn der Erwerber bis dahin Inhaber der Sache war. Nach dem Wortlaute des § 874 Abs. 3 bezieht sich diese Vorschrift nur auf den ersten, nicht auf den zweiten Fall der brevi manu traditio. Man kommt also, wenn man dem Wortlaute nachgeht, zu dem Ergebnisse, daß im zweiten Falle der gute Glaube des Erwerbers wirksam bleibt. So scheint die Bestimmung im § 874 Abs. 3 auch von den Motiven (III, 346) verstanden zu werden. Danach soll die Bestimmung den Fall treffen, in welchem ein besitzender Nichteigenthümer der Sache mit einem Anderen, den er für den Eigenthümer hält, die Ueberlassung des Eigenthums vereinbart. Der Fall, welcher vorliegt, wenn die körperliche Uebergabe der Sache dadurch ersetzt wird, daß der Erwerber zur Zeit des Vertragschlusses als Inhaber die Gewalt über die Sache hat, würde danach unter die Regel des § 877 fallen. Unter diese Regel fällt auch trotz dem in den Motiven enthaltenen Satze, daß der gute Glaube des Erwerbers nur bei einer körperlichen Uebergabe der Sache den Eigenthumsmangel des Veräußerers decken soll, der im § 804 vorgesehene Fall der Uebergabe durch Anweisung.

Zu Zweifeln gibt die Frage Veranlassung, in welchem Zeitpunkte, wenn der Veräußerer nicht Eigenthümer war, der gute Glaube des Erwerbers vorhanden gewesen sein muß, damit der Erwerber Eigenthümer werde. Das gemeine Recht verlangt zum Beginne der Ersitzung guten Glauben des Erwerbers im Zeitpunkte der Besitzergreifung. Ist aber ein Kaufvertrag der Ersitzungstitel, so muß der gute Glaube auch schon zur Zeit des Vertragschlusses vorhanden gewesen sein. Nach dem Entwurfe (§ 877) wird der Erwerber Eigenthümer, wenn er „den Umstand, daß der Veräußerer nicht Eigenthümer war", *bei dem sich vollziehenden Erwerbe* nicht gekannt hat. Eine nach dem Erwerbe erlangte Kenntniß beseitigt den einmal eingetretenen Eigenthumserwerb nicht wieder. In den regelmäßigen Fällen des § 874 wird daher als der Zeitpunkt, in welchem der Erwerb sich vollzieht, der Zeitpunkt des mit der Uebergabe der Sache erfolgten Abschlusses des dinglichen Vertrages anzusehen sein, ohne daß auf den obligatorischen Vertrag, der dem dinglichen Vertrage vorausgehen kann, und auf eine bei dem Abschlusse dieses Vertrages etwa vorhanden gewesene abweichende Ueberzeugung des Erwerbers von dem Eigenthume des Veräußerers Gewicht zu legen ist. Liegen aber die

Digitized by Google

Erwerbsthatsachen der Zeit nach aus einander, so stellen sich Zweifel heraus. Der Fall tritt bei der bedingten Uebergabe ein. Soll, wenn der Erwerber zwar bei dem Abschlusse des im § 874 bezeichneten Vertrages und der mit demselben verbundenen bedingten Uebergabe den Veräußerer nicht für den Eigenthümer der Sache gehalten hat, zur Zeit der Erfüllung der Bedingung aber der Erwerber guten Grund hat, den Veräußerer für den Eigenthümer anzusehen oder der Eintritt der Bedingung erst nach dem Tode des Erwerbers erfolgt ist und der Erbe nichts davon weiß, daß sein Erblasser die Sache von einem Nichteigenthümer erhalten hat, der Erwerber oder im letzteren Falle der Erbe das Eigenthum erlangen? Man würde die Frage bejahen müssen, wenn man auf den Ausdruck „Nichtkenntniß bei dem sich vollziehenden Erwerbe" das entscheidende Gewicht legt. Gedankenmäßiger möchte es sein, den Zeitpunkt der im Vertragschlusse hervortretenden Willensthätigkeit und der mit dem Vertragschlusse verbundenen Uebergabe als maßgebend anzusehen. Der Entstehung einer neuen Streitfrage aber ist immerhin ausreichend Spielraum gegeben.

In den angegebenen Fällen, in denen die Eigenthumswirkung des mit der Uebergabe der Sache verbundenen dinglichen Vertrages ausgeschlossen ist, kann die Ersitzung wirksam werden. Den gemeinrechtlichen Satz, daß gestohlene Sachen nicht ersessen werden können, hat der Entwurf nicht aufgenommen. Das gemeinrechtliche Erforderniß der res habilis wird überhaupt von ihm beseitigt. Es soll keine von Rechts wegen ersitzungsunfähige bewegliche Sachen mehr geben.

Eine alte Streitfrage betrifft die in dem guten Glauben und in dem Titel bestehenden Erfordernisse der Ersitzung. Nach der lange herrschend gewesenen Auffassung ist der gute Glaube als die Ueberzeugung, Eigenthum erworben zu haben, zu bestimmen, während der Titel der für diese Ueberzeugung erforderliche objektive Rechtfertigungsgrund ist, der regelmäßig in einem an sich, nämlich abgesehen von dem im bestimmten Falle dem Eigenthumserwerbe entgegenstehenden Hinderniſse, zum Erwerbe des Eigenthums geeigneten Erwerbsgrunde bestehen soll. Diese Auffassung ist in neuerer Zeit bekämpft worden. Und der Begriff des guten Glaubens, die Bedeutung des Ersitzungstitels und die Bestimmung des Verhältnisses beider Erfordernisse zu einander gehören gegenwärtig wieder zu den bestrittensten Dingen in der Rechtswissenschaft.

Der Begriffsbestimmung des guten Glaubens als der Ueberzeugung, Eigenthum erworben zu haben, ist die gegenübergestellt worden, daß der gute Glaube in der Abwesenheit des Bewußtseins unrechtlichen Erwerbes bestehe (Stintzing). Dazwischen stehen vermittelnde Ansichten. Die Streitfrage hat praktische Bedeutung für den Fall, daß

Digitized by Google

der Erwerber seinen Erwerb aus einem irrig angenommenen Grunde für unrechtmäßig hält, während der Erwerb aus einem dem Erwerber nicht bekannten Grunde unrechtmäßig ist. Nach der Auffassung, die den guten Glauben in der Abwesenheit des Bewußtseins unredlichen Erwerbes findet, und den ihr nahe kommenden Auffassungen ist in dem angegebenen Falle guter Glaube vorhanden, da der Grund, der den Erwerb unrechtmäßig macht, dem Bewußtsein des Erwerbers fremd ist (Stintzing, Windscheid: „Der Erwerber muß an das Vorhandensein aller der Umstände glauben, ohne welche die Aneignung Unrecht sein würde, und von dem Vorhandensein derjenigen, durch welche sie Unrecht sein würde, nichts wissen"). Nach der anderen Auffassung ist die Ersitzung ausgeschlossen. Der Entwurf bestimmt das in dem guten Glauben bestehende Erforderniß der Ersitzung dahin, daß die Ersitzung als ausgeschlossen angesehen wird, wenn dem Erwerber bei dem Erwerbe des Besitzes bekannt oder nur in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben war, daß er das Eigenthum nicht erwerbe (§ 881). Der Wortlaut ist undeutlich. Wird nicht von dem, der den objektiv unrechtmäßigen Erwerb für unrechtmäßig hält, in allen Fällen gesagt werden können, daß ihm bekannt sei, er erwerbe das Eigenthum nicht, auch wenn der Grund, aus dem er annimmt, er werde nicht Eigenthümer, mit dem objektiven Grunde, aus dem er nicht Eigenthümer werden kann, nicht zusammenfällt? Und doch weist wieder das Wort „bekannt" auf bestimmte Thatsachen, Rechtsvorgänge, Zustände hin, die bekannt oder unbekannt sein müssen, damit diese oder jene Rechtsfolge eintrete. Daraus würde folgen, daß, wenn der Erwerber die Sache von einem falsus procurator in der Meinung, daß der vermeintliche Vertreter zur Veräußerung Auftrag habe, gekauft hat, während er selbst der irrthümlichen Meinung gewesen ist, derjenige, in dessen Namen der falsus procurator aufgetreten, sei nicht Eigenthümer der Sache, die Ersitzung nicht stattfinden könne. Denn dem Erwerber ist die Thatsache, daß der, mit welchem er den Vertrag geschlossen, falsus procurator sei, nicht bekannt gewesen. Es ist ihm also nicht bekannt gewesen, daß er das Eigenthum nicht erwerbe, obwohl er der Ueberzeugung gewesen ist, daß er es nicht erwerbe. Man wird sagen dürfen, daß der Entwurf ein Räthsel aufgibt. Das Räthsel mag sich lösen lassen. Aber zweckmäßiger möchte es sein, wenn der Entwurf in einem nicht mißverständlichen Satze die Lösung selbst als Rechtsnorm hinstellte.

Der gute Glaube muß im Zeitpunkte des Besitzerwerbes vorhanden sein (§ 881, Abs. 2). Damit wird der gemeinrechtliche Satz, daß, wenn ein Kaufvertrag der Ersitzungstitel ist, der gute Glaube schon bei dessen Abschlusse vorhanden gewesen sein müsse, beseitigt und die

Digitized by Google

Frage, welcher Zeitpunkt bei der bedingten Tradition der maßgebende sei, zum Austrage gebracht. Erlangt der Besitzer in der Folge vor dem Ablaufe der Ersitzungszeit Kenntniß davon, daß ihm das Eigenthum an der Sache nicht zustehe, so wird damit die Ersitzung mit der Wirkung unterbrochen, daß derjenige, der die Kenntniß erlangt hat, eine neue Ersitzung nicht beginnen kann (§ 886). Versäumt der Besitzer nach dem Besitzerwerbe aus grober Fahrlässigkeit die Erlangung der Kenntniß davon, daß ihm das Eigenthum nicht zustehe, so hat dies auf die Ersitzung keinen Einfluß.

Eine ausdrückliche Bestimmung darüber, ob beim Besitzerwerbe durch einen Vertreter der gute Glaube des Vertreters oder des Vertretenen oder beider Ersitzungserforderniß sei, ist im Entwurfe nicht enthalten. Für die Fälle gesetzlicher Vertretung ist die Entscheidung von selbst dahin gegeben, daß der Glaube des Vertreters entscheidet. Bei freiwilliger Vertretung läßt das gemeine Recht die Ersitzung erst in dem Zeitpunkte beginnen, in welchem der Vertretene von der für ihn Seitens des Vertreters vollzogenen Besitzergreifung erfährt. Der Entwurf bestimmt über diese Frage nichts. Aus den allgemeinen Vorschriften über Rechtserwerb und Besitzerwerb durch Vertreter wird aber zu folgern sein, daß mit dem Besitzerwerbe für den Vertretenen ohne Rücksicht auf dessen Kenntniß von der Besitzergreifung auch die Ersitzung des Vertretenen beginnen kann. Dann aber muß aus §§ 117, 118 weiter gefolgert werden, daß der Beginn der Ersitzung ebenso ausgeschlossen ist, wenn dem Vertreter, wie wenn dem Vertretenen bei dem Besitzerwerbe oder wenn dem Vertretenen bei erlangter Kenntniß von dem Seitens des Vertreters erfolgten Besitzerwerbe der gute Glaube gefehlt hat.

Von dem Titel als einem Erfordernisse der Ersitzung ist im Entwurf überall nicht die Rede. Der Titel kann also nur für die Fragen, ob dem Besitzer bekannt gewesen sei, daß er das Eigenthum nicht erwerbe, ob ihm dies in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben sei, ob er in der Folge davon Kenntniß erlangt habe, daß ihm das Eigenthum an der Sache nicht zustehe, von Erheblichkeit sein. Damit ist der Kasuistik der römischen Rechtsquellen, welche die verschiedenen Ersitzungstitel betrifft, wie den sich an dieselbe anschließenden Streitfragen die Bedeutung im Wesentlichen genommen.

Von allen Ersitzungstiteln wird nur einer im Entwurf besonders erwähnt. Es ist dies der Titel pro herede (§ 888). Die auf ihn bezügliche Bestimmung soll eine Streitfrage des gemeinen Rechts entscheiden. Es wird nämlich darüber gestritten, ob der Erbschaftsklage gegenüber der Besitzer einer Erbschaftssache sich darauf berufen könne, daß er als vermeintlicher Erbe die Sache die Ersitzungszeit hindurch

Digitized by Google

besessen habe und dadurch Eigenthümer geworden sei. Die Frage ist hauptsächlich in Folge der Bedeutung, welche ein unter Hadrian ergangener Senatsbeschluß für die alte usucapio pro herede nach Gajus (II 57) erhalten hatte, von vielen Schriftstellern bejaht, von anderen unter abweichender Auffassung der Quellenzeugnisse verneint worden. Der Entwurf entscheidet sich für die Bejahung, für die gewiß Zweckmäßigkeitsgründe sprechen. Allein man muß fragen, ob dem richtigen Rechtsgedanken im § 888 nicht eine allzuweite, über das mit der Rechtsnorm zu erreichende Ziel hinausgehende Ausdehnung gegeben worden ist. Die alte Streitfrage betrifft den Umfang des mit der Erbschaftsklage zu verfolgenden Anspruchs. Und es handelt sich darum, ob der Beklagte, der sich auf die Verjährung der Erbschaftsklage nicht berufen kann, weil die Verjährungsfrist noch nicht abgelaufen ist, mit der Behauptung zu hören ist, daß er die zur Erbschaft gehörigen körperlichen Sachen die Ersitzungszeit hindurch, welche kürzer ist, als die Verjährungszeit, besessen und dadurch das Eigenthum derselben erworben habe. Der Entwurf geht aber weiter. Er läßt eine Ersitzung der Erbschaftssachen gegen den wahren Erben überhaupt nicht wirken. Ich setze den Fall: die Erbschaftsklage ist verjährt, und der Erbe kommt nach abgelaufener Verjährungsfrist in den Besitz von Erbschaftssachen. In diesem Falle würde nach dem Entwurfe derjenige, der die Sachen als Erbe die Ersitzungszeit hindurch unter allen Erfordernissen der Ersitzung besessen hat, trotz verjährter Erbschaftsklage einen Anspruch auf Herausgabe der Sachen nicht haben. Die Entscheidung dieses Falles würde also ähnlich ausfallen, wie die des Falles, welcher vorliegt, wenn die Eigenthumsklage verjährt ist, eine Ersitzung der Sache aber nicht stattgefunden hat und der Eigenthümer nach verjährter Klage in den Besitz der Sache gelangt. Beide Fälle sind aber gerade im Hauptpunkte wesentlich von einander verschieden. In dem ersten Falle liegen alle Erfordernisse der Ersitzung vor. Die Wirkungen der Ersitzung sollen aber insoweit nicht eintreten, als dadurch die Wirksamkeit der Erbschaftsklage beeinträchtigt oder aufgehoben werden könnte. Und man wird, wenn man dem Gedanken, welcher der Ausschließung der Wirkung der Ersitzung gegenüber der Erbschaftsklage zum Grunde liegt, folgen will, die Wirkung der Ersitzung nur insoweit ausschließen können, als die Berufung auf Ersitzung zu einem Vertheidigungsmittel gegen die Erbschaftsklage gemacht wird. — In dem anderen Falle wird davon ausgegangen, daß eine Ersitzung überhaupt nicht stattgefunden habe.

Digitized by Google

Schlußwort.

In den vom Verfasser besprochenen Streitfragen tritt der alte Gegensatz zwischen deutscher und römischer Rechtsanschauung wenig hervor. Er trifft die Auffassung der Körperschaften und Stiftungen, insofern die Behandlung derselben als einer Art organischer Wesen, die ihrer Natur nach Rechtssubjekte sein und durch Organe ihren Willen kundgeben sollen, von Germanisten vertreten wird. Allein eine Abhängigkeit der einzelnen Normen des Entwurfs von der Frage, ob man sich die in Rede stehenden Rechtssubjekte wie Organismen vorzustellen hat oder nicht, wird nicht anzunehmen sein. Um so weniger, als der Entwurf die Ordnung des Rechtes der Körperschaften und die Aufstellung der gesetzlichen Voraussetzungen, unter denen ein Personenverein zur Körperschaft werden kann, den Landesgesetzen vorbehält. Jener Gegensatz ist also auf diesem Theile des Entwurfs ohne erheblichen Raum zur Bethätigung. Auf den an einigen Stellen der Schrift gestreiften Gebieten des Sachenrechtes unterstehen die Sätze des Entwurfs deutschrechtlichen Anschauungen. Der Erwerb des Eigenthums an beweglichen und an unbeweglichen Sachen, sowie der Erwerb der Rechte an fremder Sache werden von Normen beherrscht, welche auf der Grundlage deutschen Rechtes beruhen. Das in der Schrift nicht berührte Familienrecht und das ebenfalls unerörtert gebliebene Erbrecht stehen gleichermaßen unter deutschrechtlichen Gesichtspunkten. Auf dem Gebiete des Vertragsrechtes und des Rechtes der Schuldverhältnisse ist ein Gegensatz zwischen deutschrechtlichen und römischrechtlichen Anschauungen zwar ebenfalls betreffs einzelner Fragen, wie betreffs der Frage der Voraussetzungen einer Haft für fremde Verschuldung, vorhanden. Allein der Gegensatz hat hier nur geringen Raum zur Bethätigung. Die Grundlage wird auf dem bezeichneten Gebiete immer das römische Recht bleiben müssen. Und es wird sich nur fragen können, inwieweit dasselbe den veränderten Bedürfnissen des Rechtsverkehrs gewichen ist und noch zu weichen hat. Im Uebrigen mag über das richtige Mischungsverhältniß zwischen deutschrechtlichen und römischrechtlichen Bestandtheilen des Rechtes gestritten werden können. Der Gegensatz zwischen dem Germanismus und dem Romanismus scheint aber dem Verfasser einen Hinderungsgrund für die Erhebung des Entwurfs zum Gesetzbuche nicht bilden zu sollen. Der fragliche Gegensatz hat wesentlich dieselbe Bedeutung, wie die alten Streitfragen, die endlich gelöst werden müssen. Und der Entwurf hat den Gegensatz nicht zum Nachtheile des germanischen Rechtes gelöst. Dasselbe herrscht im Entwurfe auf den Gebieten, auf welchen es sich lebend und lebensfähig erhalten hat. Ein Gebiet, auf dem es ebenfalls ungeschwächt

Digitized by Google

fortlebt, das der Personenvereine, Körperschaften und Genossenschaften, wird vom Entwurfe nur gestreift und im wesentlichen, soweit es nicht schon reichsgesetzlich geregelt ist, der Landesgesetzgebung überlassen.

Der dem Entwurfe vorgeworfene Mangel an Volksthümlichkeit ist unbestreitbar vorhanden. Wie soll aber ein Gesetzbuch heutzutage volksthümlich werden? Man würde gewissen grundlegenden Sätzen durch geschickte Fassung die Möglichkeit verschaffen können, sich zu geflügelten Worten auszubilden, wie dies manchen Sätzen des französischen Gesetzbuchs gelungen ist. Man würde alten noch vorhandenen Rechtsparömien durch Aufnahme in das Gesetzbuch weitere Dauer zu sichern vermögen. Man würde manche Sätze durch einen gewissen Klangreichthum dem Ohre gefälliger, durch geeignete Verwendung von Bildern der Vorstellung und dem Verständnisse zugänglicher machen können. Eine andere, größere Volksthümlichkeit, eine solche, wie sie das alte Recht, von welchem Jakob Grimm sagt, daß es mit der Poesie aus einem Bette aufgestanden sei, gehabt haben mag, wird sich nicht erreichen lassen. Und man muß fragen, ob jene vielleicht erreichbare Volksthümlichkeit ein wirklicher Vorzug des Gesetzbuchs sein würde. Jeder neue Rechtssatz ist das Ergebniß harten Kampfes und strenger geistiger Arbeit. Um wieviel mehr ein Gesetzbuch, in welchem ein Abschluß der geistigen Arbeit, der ein Volk auf dem Gebiete des Rechtes durch eine Reihe von Jahrhunderten sich unterzogen hat, enthalten ist. Hartem Kampfe und strenger Arbeit soll auch das Gesetzbuch dienen. Dem Kampfe der Fortbildung des Rechtes auf der gegebenen Grundlage, der Arbeit des Rechtsuchens und des Rechtfindens durch Anwendung der in ihm enthaltenen Normen. Würde für ein solches Werk, das doch ein Erzeugniß des nüchternsten Verstandes sein muß, wenn es seinen Zweck erfüllen soll, die Volksthümlichkeit in jenen erreichbaren Grenzen eine größere Bedeutung haben, als die eines annehmbaren, aber den wahren Werth nicht wesentlich erhöhenden Beiwerks?

Daß der Entwurf in seiner jetzigen Gestalt als das unter den gegebenen Umständen möglichstbeste Gesetzeswerk nicht angesehen wird und nicht wohl angesehen werden kann, wird ebenfalls kein Grund sein, den Entwurf nicht zum Gesetzbuche zu erheben. Wird das Bedürfniß nach einem einheitlichen deutschen Gesetzbuche als ein unabweisbares empfunden, so muß dem Bedürfnisse mit den Mitteln abgeholfen werden, die gegeben sind. Nicht in der Art, daß ein bestehender guter, wenn auch nicht für ganz Deutschland einheitlicher Rechtszustand mit einem schlechteren vertauscht würde. Wohl aber unter der Voraussetzung, daß das neue Gesetzeswerk geeignet erscheint, seiner Bestimmung dergestalt zu entsprechen, daß durch dasselbe dem Rechtsuchen und dem

Digitized by Google

Rechtfinden Vortheile erwachsen und für die weitere Rechtsentwickelung eine Grundlage gebildet wird. Die Frage, ob diese Voraussetzungen vorliegen, scheint mir die entscheidende zu sein.

Ein Werk soll, wenn es zum Gebrauche bestimmt wird, die Spuren der Werkstätte, in der es entstanden ist, möglichst wenig an sich tragen. Es soll vom Werkmeister gebrauchsfertig hergestellt sein. Kann man den Entwurf als ein dergestalt gebrauchsfertiges Gesetzeswerk ansehen? Der erste Eindruck, den der Verfasser der Schrift vom Entwurf erhalten hat, ist der, daß die Frage nicht durchweg zu bejahen ist. Dieser Eindruck ist dem Verfasser geblieben und hat sich immer wieder erneuert. Der Entwurf und die ihm beigegebenen Motive zeigen, daß seine Verfasser und Bearbeiter eine große Gedankenarbeit aufgewendet haben, um das Material für Herstellung des Gesetzbuchs zu gewinnen. Sie haben eine Menge edlen Metalls, das während der Rechtsentwickelung der vergangenen Zeiten gefördert worden ist, zusammengetragen. Sie haben den Stoff gesichtet, auch das Metall in gewisse Formen gebracht. Aber ist die Form eine solche, wie sie dem gegebenen Zwecke entspricht? Wie Goldbarren im großen Bankverkehr ihre Bedeutung haben, aber erst in die Münze wandern müssen, um als gemünztes Geld dem Verkehre der Menschen unter einander zu dienen, so müssen Rechtssätze, die sich als das Ergebniß einer langen Rechtsentwickelung auf großem Rechtsgebiete darstellen, erst zu Rechtsnormen ausgeprägt werden, wenn sie im Rechtsverkehr gangbar sein sollen. Und diese Ausprägung lassen die Sätze des Entwurfes häufig vermissen. Es scheint vielfach nicht einmal die Absicht gewesen zu sein, die Rechtsgedanken, welche von den Verfassern des Entwurfes angenommen worden sind, dem Verständniß näher zu bringen, ihnen einen möglichst deutlichen Ausdruck zu geben. Man steht nicht selten geradezu vor einem Räthselspiele. Man sucht nach der Lösung, auf die man endlich durch die Motive hingewiesen wird. Nicht immer in der Art, daß die Motive den richtigen Gedanken, der sich schließlich als derjenige ergibt, von dem die Verfasser des Entwurfes geleitet worden sind, angeben — jener Gedanke ist selbst in den Motiven nicht immer zu unzweideutigem Ausdruck gekommen — aber doch regelmäßig so, daß man mit Hilfe der Motive den Weg findet, um den für die Verfasser des Entwurfes leitend gewesenen Gedanken zu erkennen. An anderer Stelle ist es nicht die geistige Arbeit des Räthsellösens, vor die man gestellt ist. Es ist eine Art Geduld- oder Versteckspiels. Man liest Worte, die man nicht versteht. Das Verständniß erschließt sich allgemach. Aber man hat den Eindruck, als sollten die Worte den Sinn, der in ihnen zu finden ist, verbergen, und fragt sich, aus welchem Grunde der Gedanke nicht in Worte, die alsbald verständlich

Digitized by Google

sind, gebracht worden ist, da hierzu nur geringe Geistesarbeit erforderlich gewesen wäre. Wieder an anderen Stellen sind die Worte wenigstens mehrdeutig gefaßt. An ein Gesetzbuch wird allerdings nicht die Anforderung zu stellen sein, daß ein Laie in juristischen Dingen durch Nachschlagen sich davon, ob er in einem gegebenen Falle Recht oder nicht Recht hat, überzeugen kann. Aber die Anforderung ist berechtigt, daß ein juristisch geschulter Mann von den geistigen Fähigkeiten, wie sie von einem zur Rechtspflege Berufenen erwartet werden müssen, ohne wesentliche Schwierigkeiten die Normen, nach denen er Recht suchen oder Recht finden soll, zu erkennen in der Lage ist. Dieser Anforderung genügt der Entwurf in seiner jetzigen Gestalt nicht. Wird er mit dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Königreich Sachsen, dem neuesten auf deutschem Boden entstandenen bürgerlichen Gesetzbuche, verglichen, so fällt der Vergleich in der fraglichen Richtung sehr zum Vortheile dieses letzteren Gesetzbuchs aus.

Sollte der Entwurf in seiner jetzigen Gestalt als Gesetz eingeführt werden, so würde damit für die Zeit, bis die Rechtsprechung die Schwierigkeiten seines Verständnisses überwunden und das Ergebniß dieser Ueberwindung Anerkennung gefunden hätte, eine Rechtsunsicherheit, eine Verminderung des Vertrauens auf Gerichte und Gesetze und, was daneben von geringerem Werthe sein mag, ein erheblicher Verlust an Geld, Zeit und Mühe verbunden sein. Und dies Opfer hält der Verfasser gegenüber der Einheitlichkeit des Rechtes für ein zu großes. Die in Frage stehenden Mängel scheinen dem Verfasser also eine Aenderung des Entwurfes betreffs der Fassung seiner Sätze nothwendig zu erfordern.

Das gleiche zwingende Bedürfniß der Aenderung des Entwurfes nimmt der Verfasser in Ansehung des Gedankeninhaltes der in der Schrift besprochenen und bemängelten Rechtssätze insofern an, als der Entwurf in diesen Sätzen, statt alte Streitfragen in der einen oder anderen der bisher in der Wissenschaft und Rechtsprechung vertretenen Richtungen zu entscheiden oder sich einem der in Deutschland geltenden Rechtssysteme anzuschließen, neues Recht aufstellt und damit experimentiren will. Hierher gehört vor allem der Gedanke eines allgemeinen Klagschutzes für jeden Inhaber (§ 22) und die Grenzbestimmung zwischen wesentlichem und unwesentlichem Irrthume (§ 7).

Hieran reihen sich ihrer Schwere nach die Bedenken, welche den Mangel an Einheitlichkeit des Gedankeninhaltes, die Ueberladung des Entwurfes mit Dingen, die nicht in ein Gesetzbuch gehören, wohl aber in einem Lehrbuche Platz finden mögen, und daneben die vorhandenen Lücken des Entwurfes betreffen.

Digitized by Google

Eine Beseitigung aller dieser Mängel durch eine Umarbeitung der Fassung des Entwurfes unter Festhaltung des größten Theiles der gewonnenen Ergebnisse, mit Ausscheidung des als nicht verwendbar zu erkennenden Theiles derselben, erscheint dem Verfasser der Schrift als ein wohl ausführbares Unternehmen. Es darf aber wenigstens als ein solches bezeichnet werden, das auf seine Ausführbarkeit durch einen Versuch der Ausführung geprüft werden muß.

Gewiß würde auch ein, wie angedeutet, neugestalteter und geänderter Entwurf nicht allen Anforderungen, die gestellt werden mögen, gerecht werden. Aber man würde ein so verbessertes Gesetzeswerk als geeignet ansehen dürfen, an die Stelle der jetzt in Deutschland geltenden Rechte zu treten und der weiteren Rechtsentwickelung als einheitliche Grundlage zu dienen.

Druck von Leonhard Simion in Berlin SW.

Digitized by Google

Digitized by Google

Beiträge

zur Erläuterung und Beurtheilung

des Entwurfes

eines

Bürgerlichen Gesetzbuches

für das Deutsche Reich.

Unter Mitwirkung

von

Dr. **F. Bernhöft**, Professor in Rostock, Dr. **R. Cosack**, Professor in Berlin, Dr. **E. Eck**, Geh. Justizrath und Professor in Berlin, Dr. **O. F. Gierke**, Geh. Justizrath und Professor in Berlin, Dr. **R. Koch**, Vicepräsident des Reichsbankdirectoriums, Dr. **J. Krech**, Kaiserl. Geh. Regierungsrath in Berlin, Dr. **F. E. von Liszt**, Professor in Marburg, **E. Meischeider**, Reichsgerichtsrath, Dr. **J. Petersen**, Reichsgerichtsrath, Dr. **R. Schröder**, Geh. Hofrath und Professor in Heidelberg, Dr. **L. Seuffert**, Professor in Würzburg, **F. Vierhaus**, Oberlandesgerichtsrath in Cassel, Dr. **E. Zitelmann**, Professor in Bonn

herausgegeben

von

E. J. Bekker, Geheimrath und Professor in Heidelberg, und **O. Fischer**, Professor in Greifswald.

Viertes Heft:

R. Koch, Geld und Werthpapiere.

Berlin und Leipzig.

Verlag von J. Guttentag

(D. Collin).

1889.

Digitized by Google

Geld und Werthpapiere.

Eine Besprechung der für den Bankverkehr erheblichen Bestimmungen

des Entwurfes

eines

Bürgerlichen Gesetzbuches

für das Deutsche Reich.

Von

Dr. Richard Koch,
Vicepräsident des Reichsbankdirektoriums.

Berlin und Leipzig.
Verlag von J. Guttentag
(D. Collin).
1889.

Digitized by Google

wurf beweist dies, indem er sie an überaus zahlreichen Punkten, besonders im zweiten Buch (Recht der Schuldverhältnisse) berührt. Ja, er hat einer besonders wichtigen Art der Werthpapiere, der „Schuldverschreibung auf Inhaber", einen besonderen Titel (II, 20) gewidmet und die „Aktien auf Inhaber," überhaupt die „Inhaberpapiere" auch sonst vielfach ausgezeichnet. Daß diese Behandlung den richtigen wirthschaftlichen und juristischen Grundsätzen entspreche, ist für den gesammten Verkehr und vorzugsweise für den Bankverkehr, welcher täglich mit Geld und Werthpapieren zu schaffen hat und bei der Lückenhaftigkeit unseres Handelsrechts fort und fort auf die Grundsätze des bürgerlichen Rechts zurückzugreifen genöthigt ist, von ungemein großem Gewicht. Um so erfreulicher ist es, anerkennen zu können, daß der Entwurf auf dem vorliegenden Gebiete sich im Allgemeinen mit den Anschauungen und Bedürfnissen des Bankverkehrs im Einklang befindet. Nur im Einzelnen sind neben einer vielleicht allzu vorsichtigen Fernhaltung von dem Gebiete des Handelsrechts Dinge von sehr verschiedener Bedeutung zu beanstanden.

§ 2. Allgemeines.

Darin allerdings vermag ich keinen Mangel zu erblicken, daß der Entwurf weder eine allgemeine Lehre vom Gelde[3]) noch eine solche von den Werthpapieren[4]) aufgenommen hat. Schon der Begriff „Geld", wie geläufig er auch im bürgerlichen Leben, ist in der Rechtssprache kein gleichmäßiger. Er ist ein anderer da, wo es sich um den allgemeinen Werthmesser und Werthträger oder um das allgemeine Umsatzmittel, ein anderer, wenn es sich um das gesetzliche Zahlmittel handelt. Nicht immer ist die Strenge nöthig, welche das Gesetz da anwendet, wo es den „Zwangskurs" ausspricht. Im Verkehr versieht nicht bloß „Papiergeld" wirkliche Gelddienste, sondern dasselbe gilt von der Banknote, soweit sie mit gewissen gesetzlichen Eigenschaften ausgestattet ist (vgl. auch Mot. III S. 35, 349, 821, 822), und selbst ausländisches „Geld" kann unter Umständen als „Geld" in Betracht kommen[5]). Ueberdies ist die Lehre von den Eigenschaften des Geldes ihrem Sitze nach mehr eine staats- bezw. verwaltungsrechtliche. Es ist daher zu billigen, daß der Entwurf eine Definition von „Geld"

[3]) Diese verlangt anscheinend Bekker, Syst. u. Sprache d. Entw. S. 9. Das Hauptinteresse der Lehre vom Gelde ist überhaupt kein juristisches.

[4]) Eine solche verlangt Gierke in Schmoller's Jahrb. XII, 3 S. 95.

[5]) Vgl. Dernburg, Preuß. Privatrecht 3. Aufl. II § 32, S. 74 ff.; Mandry, Der civilrechtl. Inhalt der Reichsgesetze, 3. Aufl. (1885) S. 190, Anm. 15; Knies, Geld S. 282 ff.; R. Koch in Endemann's Handb. II S. 115 ff.

Digitized by Google

nicht enthält. Der Frage, ob nicht an einzelnen Stellen bestimmte in dieser Hinsicht hervorgetretene Zweifel zu lösen sind, wird dadurch nicht vorgegriffen. Im Uebrigen ist das Geld als körperliche Sache Gegenstand der sachenrechtlichen Verhältnisse, also des Besitzes und Gewahrsams (Inhabung), Eigenthums und Pfandrechts und der damit verbundenen Klagen. Wo dies zweifelhaft, ist es besonders auszusprechen. So erkennt der Entwurf ausdrücklich ein Pfandrecht an hinterlegtem Gelde an (§ 200) und weiter an Geld überhaupt (§ 1168). Die Besonderheiten, welche die Natur des Geldes bei Anwendung der sachenrechtlichen Vorschriften bedingt, sind nicht so bedeutend, um etwa deren Vereinigung in einem besonderen Abschnitt zu rechtfertigen. Sie erscheinen vielmehr passend als Abweichung innerhalb der einzelnen Lehren (vgl. z. B. §§ 879, 1168 ꝛc.). Von umfassenderer Bedeutung ist das Geld als Gegenstand der Geldschuld — für den Inhalt der Verpflichtung (vgl. §§ 215, 216), den Ort der Leistung (§ 230), die Erweiterung bei Verzug des Schuldners (§ 248), das Aufhören der Verzinsung bei Verzug des Gläubigers (§ 259), die Art der Erfüllung (durch Hinterlegung — § 272); auch kann nur eine bestimmte Geldforderung als Hypothek oder Grundschuld eingetragen (§§ 1062, 1130, 1132, 1135), und nur eine Geldleistung kann aus dem Faustpfand beigetrieben werden (§ 1165)[6]. Aber auch hier handelt es sich nicht um ein geschlossenes System, sondern um zerstreute Bestimmungen, welche sich passend den einzelnen Abschnitten einfügen.

Etwas anders verhält sich die Sache mit den Werthpapieren. Dieser Begriff ist ein moderner, und zwar ein Erzeugniß des Kredits[7]. Er erstreckt sich nicht bloß auf Papiere über Geld, obgleich hier der Hauptkreis seiner Anwendung liegt, sondern auch auf solche über Waaren, und nicht bloß auf Forderungen, sondern auch auf sachenrechtliche Verhälnisse. Das Ziel geht dahin, durch die enge Verbindung eines Vermögensrechts mit dem Papier, welches darüber lautet, dessen Beweglichkeit in dem Grade zu erleichtern, welchen der moderne Verkehr fordert. Realisirung und Uebertragung des Vermögenswerthes werden dadurch dergestalt an das Papier gebunden, daß die rechtliche Macht über das Papier nahezu mit dem Vermögensrecht zusammenfällt. Am vollkommensten geschieht dies bei dem Inhaberpapier; die charakteristischen Merkmale fehlen aber auch nicht beim Orderpapier, dessen typisches Beispiel der Wechsel ist, und bei dem

[6]) Die Mehrheit „Gelder" (s. §§ 593, 619, 627, 1323, 1664—1669 ꝛc.) ist nicht unzweideutig und dürfte besser zu vermeiden sein.

[7]) Vgl. Knies, Geld S. 248 ff.; Kredit I S. 175 ff.

Digitized by Google

Rektapapier, welches oft mit einer den Schuldner jeder Legitimationsprüfung überhebenden Klausel versehen ist (§ 703). Erleichtert wird eine solche rechtliche Behandlung um so mehr, wenn das in dem Papier „verkörperte" Vermögensrecht abstrakt und absolut gestaltet ist. Die Neigung des heutigen Verkehrs zum Konsensprinzip, zur Skriptur Obligation, oder wie man sonst diese Richtung bezeichnen mag, trifft also mit der zur Schaffung von Werthpapieren zusammen, welche heutzutage einen immer breiteren Raum einzunehmen begriffen sind[8]). Die neueren Gesetze haben demnach nicht umhin gekonnt, die Kategorie der „Werthpapiere" zu beachten, vorab das Handelsgesetzbuch, dann die Civilprozeßordnung und die Konkursordnung[9]). Aber der Sprachgebrauch ist ein schwankender, bald weiterer, bald engerer. Insonderheit gilt dies von der Civilprozeßordnung[10]). Diesem Zustande jetzt ein Ende zu machen, dürfte nicht verfrüht sein. Der Entwurf hat den Ausdruck an einzelnen Stellen (zu §§ 1037, 1226) absichtlich vermieden (vgl. Mot. III S. 556, 869), während er ihn an anderen anzuwenden kein Bedenken getragen hat (§§ 199, 200, 272, 627, 1547, 1664, 1669, 1670, 1672, 1692). Der Grund ist anscheinend, weil man ihm eine ganz vage, juristisch nicht verwendbare Bedeutung beilegte („Papiere, an deren Ausstellung selbständige rechtliche Wirkungen sich knüpfen" — Mot. III S. 556 — also wohl alle schriftlichen Willenserklärungen?). Richtig ist nur, daß man sich im Verkehr noch nicht an einen festen Sinn des Ausdruckes gewöhnt hat. Ist der Begriff wirthschaftlich ungenau, so ist es aber eben Sache des Gesetzes, den juristisch erheblichen Thatbestand herauszuheben[11]). Das Gesetz wird daher wohl thun, das Werthpapier zu definiren, und zwar als *Urkunde über ein Vermögensrecht, welches mit voller Wirksamkeit nur zugleich mit ihr verwerthet werden kann*[12]). *Welche* Papiere dahin gehören, ergiebt dann die rechtliche Gestaltung im Einzelnen. Es wird durch die Begriffsbestimmung gewonnen, daß Zweifel darüber, ob auch der

---

[8]) Vgl. besonders Brunner in Endemann's Handb. II S. 140 ff., Gareis, H.R. 3. Aufl. S. 596 ff.; Endemann, H.R. 4. Aufl. S. 368 ff. u. s. w.

[9]) S. d. Citate bei Brunner a. a. O.

[10]) Vgl. meine Abh. in Busch, Zeitschr. f. d. Civilprozeß III S. 380 ff. In den §§ 722 ff. d. C.P.O. ist der Begriff weit enger als in § 701.

[11]) So auch Brunner, a. a. O. S. 144 und Gierke a. a. O. S. 95.

[12]) Dies ist der juristische Kern der Definitionen von Brunner S. 147 u. Gareis S. 600. Das „Verwerthen" umfaßt die Geltendmachung wie die Uebertragung (vgl. K.O. §§ 107, 117 ff.). Warum die Werthpapiere sich nur auf Fungibilien beziehen sollen (s. Dernburg a. a. O. S. 24, Anm. 16), ist nicht abzusehen.

Digitized by Google

Wechsel und andere Namenspapiere[13]), ob der Hypothekenbrief und Grundschuldbrief[14]) dahin gehören, nicht mehr möglich sind. Man wird nicht einwenden können, daß das Gesetz wie beim Gelde den gleichen Begriff in verschiedenem Sinne gebrauchen müsse. Denn, wo immer das Gesetzbuch von Werthpapieren spricht, wird stets jenes charakteristische Merkmal übrig bleiben. Die Definition ist weit genug, um alle Urkunden, welche wirklich zu Werthpapieren geworden sind, zu umfassen. Da wo sie zu weit ist, läßt sich die Einschränkung, z. B. auf Inhaberpapiere, leicht ausdrücken[15]). Aber die Entwickelung einer allgemeinen Lehre von den Werthpapieren wird nach wie vor der Wissenschaft verbleiben können.

Schon bei der Frage der Entstehung dürfte sich kaum ein anderer Satz als der selbstverständliche gewinnen lassen, daß nur derjenige zur Ausstellung berechtigt ist, welcher über das betreffende Vermögensrecht zu verfügen befugt ist. Im übrigen spaltet sich die Zulässigkeit der Schaffung von Werthpapieren nach deren verschiedenen Arten. Nur das Rektapapier, sei es mit oder ohne angehängte Inhaberklausel[16]), ist völlig frei. Die Wirksamkeit der Order-Klausel aber beschränkt sich auf Wechsel, einige handelsrechtliche und auf solche Papiere, welche die Landesgesetzgebung für indossabel erklärt (H.G.B. Art. 301, 302, 304). Inwiefern die Zulässigkeit dieser Uebertragungsform mit ihren besonderen Wirkungen (s. H.G.B. Art. 305) auf Werthpapiere überhaupt auszudehnen sein möchte, diese Frage wird der Revision des Handelsrechts um so mehr überlassen werden können, als sich außerhalb des Handelsverkehrs schwerlich ein praktisches Bedürfniß dafür nachweisen läßt. Insbesondere gilt dies für den Grundschuldbrief wie für den Hypothekenbrief (§§ 1112, 1136), ohne

---

[13]) Daß diese an sich „Werthpapiere" sein können, erkennt der Entwurf in § 201 an. Wechsel erwähnt er in §§ 1225, 1511 Nr. 5, 1674 Nr. 9.

[14]) Ausdrücklich („Werthpapiere mit Einschluß der Hypothekenbriefe und Grundschuldbriefe") rechnet sie hierher § 1670. Die charakteristischen Merkmale des Werthpapiers sind auch für diese Papiere im Entwurf scharf ausgeprägt (vgl. §§ 1112, 1113, 1115, 1117, 1136, 1138). Wegen § 1109 Abs. 1 s. unten. Gegen die Subsumtion der Hypothekenbriefe neuestens Cohn (Oppeln) in Rassow-Küntzel's Beitr. XXXII S. 602 ff. (nach R.G. Entsch. i. Civ.-S. Bd. 14 S. 99, Bd. 16 S. 171.)

[15]) Vgl. z. B. § 201 (s. jedoch unten S. 11). Befremdlich ist die Ausdrucksweise in § 1672: „Die in Inhaberpapieren bestehenden Werthpapiere". Mit Unrecht will Cohn, a. a. O. jedes sog. Legitimationspapier zu den Werthpapieren rechnen. Es kommt darauf an, ob das Papier zur Verwerthung des beurkundeten Rechts erforderlich ist (s. Brunner a. a. O. S. 175).

[16]) Vgl. Brunner, a. a. O. S. 174.

Digitized by Google

daß damit der Frage vorgegriffen sein soll, ob es wohlgethan ist, die erleichternde Blankoabtretung, welche freilich in Preußen zu manchen Streitfragen Anlaß gegeben hat, auszuscheiden[17]). Die Ausstellung von Inhaberpapieren ist nur bezüglich gewisser Zahlungsversprechen beschränkt (§ 701). Sie im Uebrigen ausdrücklich zu gestatten, ist kaum erforderlich.

Allen Arten der Werthpapiere gemeinsam ist die Frage, ob die Ausstellung (Kreation) als einseitiger Akt das Entscheidende ist, oder ob noch eine Begebung bezw. ein Begebungsvertrag hinzukommen muß, um Rechte und Pflichten aus dem Papier zu begründen. Dieselbe ist bekanntlich hauptsächlich für den Wechsel, also das Hauptbeispiel des Orderpapiers, aber auch für das Inhaberpapier erörtert und hat eine ganze Literatur hervorgerufen[18]). Ohne hier näher darauf einzugehen, will ich nur bemerken, daß mit den Bedürfnissen des Verkehrs meines Erachtens auch der Gedanke des Begebungsvertrages wohl in Einklang zu bringen ist, wenn nur dem guten Glauben der erforderliche Einfluß eingeräumt wird. Auch der Entwurf hat sich in der Anwendnng auf den Hypothekenbrief (und Grundschuldbrief), wobei freilich noch andere Momente in Betracht kommen, für dieses Prinzip entschieden (§§ 1110, 1136). Anders hinsichtlich der Inhaber-Schuldverschreibung (§§ 686, 689, 702). Eine allgemeine Bestimmung für alle, sei es in der einen oder anderen Richtung, wird sich aber schon im Hinblick auf das Wechselrecht nicht empfehlen.

Ebenso wenig möchte ich einer Verallgemeinerung des § 1109 Abs. 1 des Entwurfs das Wort reden, welcher das Eigenthum an dem Hypothekenbriefe untrennbar mit dem betreffenden Forderungs- und Hypothekenrechte verbindet. Die Mot. verneinen zwar einerseits das praktische Bedürfniß der Verallgemeinerung, halten jedoch andererseits die analoge Anwendung des Grundsatzes auf andere Urkunden nicht für ausgeschlossen (II S. 745). Meines Dafürhaltens bedarf es einer solchen Fiktion nicht, welche über die Pertinenzlehre des Sachenrechts weit hinausgehen würde. Allerdings kann das Vermögensrecht wirksam nur mit dem Papier zusammen übertragen werden. Aber es gilt nicht nothwendig das Umgekehrte, wenigstens nicht bei allen Arten von Werthpapieren. Bei dem Erforderniß der Begebung (s. oben) kann sich das Eigenthum an dem Werthpapiere vielmehr sehr wohl von

---

[17]) Vgl. Mot. III S. 183 ff. Dieselbe kommt auch für den Pfandschein praktisch vor; ebenso wie die Blanco-Quittung.

[18]) Vgl. z. B. Brunner, a. a. O. S. 164 ff., Gareis, a. a. O. S. 607, Endemann, a. a. O., S. 379, 380, 388, Goldschmidt in s. Zeitschr. f. d. ges. H.R. Bd. 28 S. 100 ff.

Digitized by Google

dem darin dargestellten Vermögensrecht trennen bezw. vor diesem zur Entstehung gelangen. Auch zu Sicherungszwecken kann eine derartige Spaltung mindestens in der Art nützlich erscheinen, daß an dem Papier ein Faustpfandrecht begründet oder sonst eine ausschließliche Verfügung darüber eingeräumt wird. So kommt es vor, daß zwei Personen, welche einander nicht völlig trauen, oder denen ein Dritter (Erblasser, Mandant 2c.) zwar zusammen, aber nicht einzeln vertraut, gemeinschaftlich gegen einen Depotschein deponiren, welchen die eine in Empfang nimmt, während er auf die andere lautet. Die Konsequenz, daß auch andere dingliche Rechte, welche an dem Vermögensrecht entstehen, sich von selbst auf das Papier erstrecken und daß besondere dingliche Rechte an diesem nicht entstehen können, hat der Entwurf auch bei dem Hypothekenbrief nicht gezogen[19]).

Die soeben berührte Frage führt uns zu der Uebertragung (dem Umlauf) der Werthpapiere. Der sich aus dem Wesen der letzteren ergebende Satz, daß nur mittels Uebertragung des Papiers das darin verkörperte Vermögensrecht übertragen werden kann, ist als Rechtsnorm ohne besonderen Werth, sofern nicht bestimmt wird, in welcher Weise die Uebertragung des Papiers vor sich geht. Wie sich diese vollzieht, ist jedoch verschieden nach den einzelnen Arten der Werthpapiere. Je vollkommener das Werthpapier, desto einfacher die Uebertragung bezw. das Vorherrschen rein sachenrechtlicher Grundsätze. Soweit sich hier Besonderheiten ergeben, gehören dieselben in die betreffenden Speziallehren. Dies gilt auch überhaupt von der Anwendung der sachenrechtlichen Normen auf die Werthpapiere[20]).

Hiernach bleibt nur noch die Frage des Untergangs (Erlöschens) der Werthpapiere übrig. Neben dem körperlichen Untergang[21]) kommt hier die Amortisation (Kraftloserklärung) in Betracht. Das Verfahren für diese ist in der Civilprozeßordnung (vgl. das. §§ 837 ff.) geregelt, welche auch einige dem materiellen Amortisationsrecht angehörige Vorschriften aufgenommen hat (vgl. das. §§ 838, 850). Ein weiterer Schritt zur Unifikation dieses Rechtskreises würde es sein, wenn die Zulässigkeit des Aufgebots auf alle Werthpapiere ausgedehnt würde, was an sich aus deren Natur folgt[22]), aber bisher, abgesehen von Wechseln, den im H.G.B. Art. 305 Abs. 2 bezeichneten Papieren sowie den Schuldver-

---

[19]) Nur die Mot. II S. 745 ziehen diese letztere Konsequenz ohne Weiteres.

[20]) Vgl. Endemann a. a. O. S. 373 ff.

[21]) Bei bloßer Beschädigung oder Verunstaltung enthält § 699 des Entw. eine auch auf andere Werthpapiere entsprechend anwendbare Vorschrift.

[22]) Vgl. über diese Materie neuerdings Bindschedler, Die amortisirbaren Papiere (Werthpapiere), nach d. Bundesges. über d. Obl.-R. (Zürich 1888).

Digitized by Google

schreibungen des Reichs[23]), dem Landesrecht überlassen ist. Indessen wird dem in dieser Beziehung vorhandenen Bedürfniß in der Hauptsache durch die hinsichtlich der Schuldverschreibungen auf Inhaber in dem Entwurf aufgenommenen Bestimmungen (§§ 692 ff.), welche nach Art. 8 des Entwurfs eines Einführungsgesetzes auf Inhaberaktien wenigstens entsprechende Anwendung finden (vgl. auch Art. 105), sowie durch die Autonomie genügt. Ob im Uebrigen die Revision der sonst vorhandenen landesrechtlichen Vorschriften ohne Schaden späteren Gesetzgebungsstadien vorbehalten bleiben darf, hängt zum Theil davon ab, wie sich der Gesetzgeber zu der unten (§ 5 und § 12) erhobenen Forderung einer Erweiterung der §§ 271, 688, 692 ff. stellt.

§ 3. Sicherheitsleistung.

Im „Allgemeinen Theil" treten, abgesehen von § 51, wonach bei Liquidation einer Körperschaft, deren nicht in Forderungen bestehendes Vermögen „in Geld umzusetzen" ist[24]), die Begriffe „Geld" und „Werthpapiere" nur in der Lehre von der Sicherheitsleistung (Abschnitt 11) auf, von welcher das Civilrecht einen noch ausgiebigeren Gebrauch zu machen genöthigt ist als das Prozeßrecht. Die Sicherheitsleistung erscheint bald als eine gesetzliche Pflicht (z. B. §§ 54 Abs. 2, 133, 677, 682, 724, 867 ꝛc.), bald als gesetzliche Befugniß zur Abwendung von Nachtheilen oder Erlangung von Vortheilen (z. B. §§ 234, 521 Abs. 4, 595 Abs. 3, 621 Abs. 2, 639, 1157 Abs. 1, 1819, 1822, 1907), bald als Gegenstand einer Anordnung des Vormundschaftsgerichts (§§ 1547 Abs. 2, 1549 1550, 1689) oder des Erblassers (§ 2002). Der Begriff ist ein wirthschaftlicher und kann die verschiedensten Rechtsformen annehmen. Mit Recht aber überläßt das Gesetz nicht alles dem richterlichen Ermessen, sondern gewährt dem Verkehr durch Bestimmung der zulässigen Sicherungsmittel den nöthigen Anhalt. Die Civilprozeßordnung (§§ 101 ff.) kennt aus prozeßpolitischen Gründen nur die Hinterlegung von Geld und Werthpapieren. Es ist zu billigen, daß der Entwurf diese Form in erster Linie aufnimmt und unter Beachtung der entstandenen Streitfragen näher ausbildet, namentlich ihre Wirkung bestimmt. Denn keine erreicht so wirksam den Sicherheitszweck und ist zugleich so einfach wie die Hinterlegung.

[23]) Ges. vom 9. Nov. 1867 § 6 (B.G.Bl. S. 157) u. vom 12. Mai 1873 (R.G.Bl. S. 91). Wegen der Hypotheken- und Grundschuldbriefe s. d. Entw. §§ 1123, 1136.

[24]) Der Ausdruck paßt besser zur Goldwährung als das gleichbedeutende „versilbern" in H.G.B. Art. 137 u. Genossenschaftsges. § 43. „In Geld" heißt hier so viel als gegen Baarzahlung; vgl. § 460.

Digitized by Google

Indessen wird zunächst eine Definition der „öffentlichen Hinterlegung" (§ 199) hier nicht zu umgehen sein. Dieselbe soll keine andere sein als die Hinterlegung zum Zweck der Erfüllung (§ 272, 280), auf welche auch die Motive (I S. 389) „in Ermangelung sonstiger Festsetzung" verweisen. Es bedarf also mindestens einer Anführung der bezüglichen Vorschriften. Aber nicht alle Vorschriften jenes Abschnitts eignen sich zur Anwendung auf die hier in Rede stehende Hinterlegung. Es wird daher eine Ergänzung auch in dieser Richtung erforderlich sein. Ist es unbedenklich, den Schuldner zur Benachrichtigung des Gläubigers von der Hinterlegung zu verpflichten, sowie zu bestimmen, daß es einer vorgängigen gerichtlichen Anordnung der Hinterlegung nicht bedarf (§ 273), so fragt sich doch, welcher Ort als der Leistungsort anzusehen ist (§ 273 Abs. 1), ob der nach §§ 229, 230 zu bestimmende Erfüllungsort der zu sichernden Forderung oder ein sonst zu regelnder Erfüllungsort der Verpflichtung zur Sicherheitsleistung. Jedenfalls läßt sich das Recht zur Zurücknahme des hinterlegten Gegenstandes (§§ 274—276) nicht mit dem nach § 200 mit der Hinterlegung erworbenen Pfandrecht vereinigen, während letzteres die Anwendung des § 277 überflüssig macht. § 200 ist indessen auch an sich nicht ohne Bedenken. Es ist nach allgemeinen Grundsätzen nicht abzusehen, wie schon „mit der Hinterlegung" das Pfandrecht erworben werden kann, während sonst dazu ein Vertrag erforderlich ist (§ 1147); betrachtet man auch die Hinterlegungsstelle als Stellvertreterin des Gläubigers, so dürfte doch wenigstens die Kenntniß des Letzteren von der erfolgten Hinterlegung — nach § 74, daß die Benachrichtigung ihm zugekommen ist — zur Vollendung des Erwerbs zu erfordern sein.

Sodann beweisen die auf dem Gebiet der Civilprozeßordnung gemachten Erfahrungen[25]), daß sich hier eine nähere Bestimmung, was als „Geld" hinterlegt werden darf, schwer entbehren läßt. Die Mot. (S. 390) machen dieselbe von der Verfassung der öffentlichen Hinterlegungsstelle abhängig. Wo diese das Geld nur in Verwahrung nimmt, sollen nur solche Münzsorten zulässig sein, welche der Berechtigte in Zahlung zu nehmen gesetzlich verpflichtet ist. Wo dagegen das Geld in das Eigenthum des Staats oder einer Anstalt übergeht, soll es darauf ankommen, welche Geldsorten die Hinterlegungsstelle annimmt bezw. anzunehmen verpflichtet ist. Es dürfte aber kein genügender Grund obwalten, gerade hier eine landesgesetzliche Verschiedenheit zu erhalten oder zuzulassen. Das Geldwesen ist bei uns reichsgesetzlich geregelt; der Reichsbürger darf daher bean-

[25]) Vgl. m. oben Anm. 10 angef. Abh. S. 363 ff. Die C.P.O. § 101 spricht von „baarem Gelde".

Digitized by Google

sprechen, daß, was in einem Bundesstaate als „Geld" gilt, auch in den übrigen Bundesstaaten „Geld" ist. Wo Reichsgesetze von „Geld" sprechen, darf kein partikularrechtlich verschiedener Begriff untergelegt werden. Es ist auch nicht abzusehen, warum da, wo hinterlegtes Geld nicht in das Eigenthum des Staats oder der Hinterlegungsstelle übergeht, sondern in eadem specie zu restituiren ist, nur solche Geldsorten hinterlegt werden dürfen, welche gesetzlich in Zahlung genommen werden müssen. Zahlung und Sicherheitsleistung sind verschiedene Begriffe. Letztere begründet nur ein Pfandrecht, wie § 200 mit Recht außer Zweifel stellt[26]). Es genügt also, daß das hinterlegte Geld zu einem dem Werthe des zu sichernden Rechts entsprechenden Betrage (vgl. § 199) verwerthet werden kann. Dies ist aber nicht bloß bei Währungsgeld, sondern bei allem „Gelde" der Fall, welches als solches allgemein im Verkehr angenommen wird. Freilich paßt alsdann nicht die Befugniß des Schuldners (Eigenthümers), die unmittelbare Befriedigung des Pfandgläubigers aus dem Gelde zu fordern (§ 1168). Diese Bestimmung ist aber überhaupt anfechtbar (s. unten S. 49). Zum Gelde in jenem Sinne gehören neben dem gemünzten deutschen Gelde[27]) vor Allem die Reichskassenscheine, welche, obschon nicht Papiergeld im engeren Sinne, doch bei allen Kassen des Reichs und der Bundesstaaten nach ihrem Nennwerthe in Zahlung angenommen und von der Reichshauptkasse für Rechnung des Reichs jederzeit auf Erfordern gegen baares Geld eingelöst werden[28]). Ebenso zur Sicherheitsleistung geeignet sind Banknoten, welche der Entwurf nur einmal — in der remissiven Bestimmung des § 280 Abs. 3 neben hinterlegten „Geldern" — nennt. Mindestens die Reichsbanknoten, deren Einlöslichkeit bei der großen Anzahl der Reichsbankanstalten im Vergleich mit den Reichskassenscheinen noch mehr erleichtert ist[29]), können unbedenklich überall als „Geld" hinterlegt werden, da sie, obschon auch bei ihnen ein Zwang zur Annahme nicht besteht[30]), doch thatsächlich im ganzen Reiche wie Geld umlaufen und überall gern genommen werden[31]). Es wäre eine ungerechtfertigte Schwer-

---

[26]) Vgl. Entsch. d. R.G. in Civ.-S. Bd. 12 S. 226. A. M. Cohn a. a. O. S. 574 ff. wegen § 8 d. preuß. Hinterlegungsordn.

[27]) Das Bankgesetz §§ 8, 9, 17, 44 spricht von „kursfähigem deutschen Gelde".

[28]) Ges. v. 30. April 1874 § 5 (R.G.Bl. S. 40).

[29]) Bankges. § 18.

[30]) Bankges. § 2.

[31]) Nach § 64 d. preuß. Ges. v. 13. Juli 1883, betr. d. Zwangsvollstreckung in d. unbewegliche Vermögen, ist bei der Zwangsversteigerung die

Digitized by Google

fälligkeit, wenn sie erst in Reichsmünzen oder Reichskassenscheine umgewechselt werden müßten, (vgl. auch Mot. III S. 822), und es ist überflüssig und bedenklich, behufs ihrer Zulassung noch ein Landesgesetz (§ 280) oder eine administrative Verordnung[32]) zu erfordern. Umständlicher ist die Einlösung der Privatbanknoten[33]), welche nur einen örtlich beschränkten Umlaufskreis haben[34]). Für sie kommen in der That die besonderen Verhältnisse der einzelnen Bundesstaaten in Betracht. Es läßt sich also wohl hier gegen das Erforderniß landesgesetzlicher Zulassung nichts erinnern. An sich würde sich auch Gold in Barren oder fremden Münzen zum Reichsbank-Preise[35]) zur Hinterlegung eignen. Indessen besteht in dieser Hinsicht kein praktisches Bedürfniß.

Ist hiernach eine nähere Bestimmung des Begriffs „Geld" für den vorliegenden Zweck erforderlich, so ist der Entwurf auf der anderen Seite in der Einschränkung der „Werthpapiere" zu weit gegangen. Der Zweck der Sicherheitsleistung erfordert nur, daß das hinterlegte Papier leicht zu dem zu sichernden Werthe zu veräußern ist. Dieser Anforderuug entsprechen aber nicht bloß Inhaberpapiere (§ 201), sondern auch Namenspapiere, wenn sie einen Kurswerth haben. Papiere dieser Art zirkuliren, mit Blanko-Giro versehen, in großer Menge und sind Gegenstand eines lebhaften Handels an der Börse (z. B. Diskonto-Kommandit-Antheile, Antheile der Berliner Handelsgesellschaft u. s. w.). Es besteht kein genügender Grund, sie auszuschließen. Auch der Entwurf kennt ja die Verpfändung mittels Übergabe des indossirten Papiers (§ 1225). Zur Realisirung des Pfandrechts bieten sich mancherlei gesetzliche Wege (vgl. unten S. 50)[36]). Dieselbe ist nicht umständlicher, als die Umschreibung auf den Inhaber bei der von den Mot. (I S. 390) allein in Betracht gezogenen, in dem Invalidenfonds-Gesetz vorgesehenen Kategorie, welche der Entwurf freilich ebenfalls ausschließt. Auch nach dem Bankgesetze gilt das Erforderniß der Stellung auf Inhaber nur für die Lombardirung von Schuldverschreibungen des Reichs, eines Staats oder kommunaler Korporationen[37]). Der Abschlag eines

---

Sicherheit zu leisten, durch Hinterlegung von „baarem Gelde, Reichskassenscheinen, Reichsbanknoten" oder kurshabenden Papieren.

[32]) Vgl. z. B. preuß. Hinterlegungsordn. § 11 („kassenmäßiges Geld").

[33]) Als „Baarzahlung" auf das Stammkapital von Kommanditgesellschaften auf Aktien und von Aktiengesellschaften gilt freilich die Zahlung in (deutschem Gelde, in Reichskassenscheinen, sowie in) gesetzlich zugelassenen Noten deutscher Banken (H.G.B. Art. 176, 210).

[34]) Vgl. Bankgesetz §§ 4, 19, 44, Nr. 5.

[35]) Bankgesetz § 14 (1392 Mark für das Pfund fein).

[36]) Vgl. auch Gierke, a. a. O. S. 94, das. XII 4 S. 194.

Digitized by Google

Viertels vom Kurse (§ 201 Abs. 2) dürfte bei den häufigen Kursschwankungen nicht anzufechten sein. Als zu hart erscheint mir aber, zumal die elastische Klausel des § 1667 hier nicht gilt,[38]) das Erforderniß der Mündelmäßigkeit, da es sich hier nicht um Anlage, sondern um (vorübergehende) Sicherstellung handelt. In einigen, namentlich familienrechtlichen Fällen (Inhaber der elterlichen Gewalt, Vormund), ist die Härte dadurch vermieden, daß das Gericht bezw. Vormundschaftsgericht Art und Umfang der Sicherheitsleistung nach seinem Ermessen bestimmt (§§ 724 Abs. 5, 1547 Abs. 2, 1689 Abs. 2). Aber soll der Miether, welcher die Ausübung des gesetzlichen Pfandrechts des Vermiethers abwenden will, der Pfandeigenthümer im Falle des § 1157, der Auftraggeber in dem des § 595 Abs. 3 seine guten Aktien, Prioritäts-Obligationen, Hypothekenbank-Pfandbriefe oder ausländischen Papiere — vielleicht mit Verlust — verkaufen und mündelmäßige Papiere anschaffen müssen, um die Sicherheit bestellen zu können? Will das Gesetz sich nicht damit begnügen, alle Papiere zuzulassen, welche von der Reichsbank bankgesetzlich beliehen werden können[39]), so dürfte es doch ausreichen, wenn nur die Werthpapiere sich zur Sicherheitsleistung eignen, welche von der Reichsbankverwaltung auf Grund jener Gesetzesbestimmung für lombardfähig erklärt sind, was jedesmal nur nach vorangegangener eingehender Prüfung geschieht[40]). Der Kreis der zulässigen Papiere würde dadurch nicht unbeträchtlich erweitert werden. Eine weitere Garantie liegt ja darin, daß die Kautionsfähigkeit ebenfalls nach dem Beispiel des Bankgesetzes nur bis zu einem gewissen Bruchtheil des Kurswerths stattfindet. Bei ausländischen Papieren würde diese Grenze, wenn jene Erweiterung vorgenommen wird, schon bei 50 pCt. eintreten[41]).

Ueber die alten Arten der Realkaution, welche der Entwurf dem Schuldner neben der soeben behandelten Hinterlegung zur Aus-

---

[37]) Bankgesetz § 13 Nr. 3 b, c. Nicht für Aktien, Prioritäts-Obligationen, Pfandbriefe.

[38]) Für die vormundschaftliche Verwaltung gestattet „aus besonderen Gründen" Ausnahmen § 1667 (nach Ermessen des Vormundschaftsgerichts). Der Bundesrath, welcher allgemein den Kreis der gesetzlich zugelassenen Werthpapiere erweitern kann (§ 1664 Nr. 6), wird sicherlich sehr vorsichtig sein.

[39]) Bankgesetz a. a. O. Vgl. auch das. § 44 Nr. 1.

[40]) Diese Normen befolgen im Allgemeinen auch die Finanz-Verwaltungen bei den Steuer-Krediten, das Kriegs-Ministerium bei den Heirathskautionen der Offiziere u. s. w. Verzeichnisse der fraglichen Papiere sind bei allen Reichsbankanstalten zu haben.

[41]) Bankgesetz § 13 Nr. 3c.

Digitized by Google

wahl stellt, enthält er nur wenige Bestimmungen, welche im Allgemeinen dem Bedürfniß genügen dürften. Wenn man aber damit einverstanden sein kann, daß außer Hypotheken und Grundschulden (warum letztere nnr verpfändet, nicht direkt — mit entsprechender Nebenabrede — bestellt werden dürfen, ist freilich nicht abzusehen) sich Forderungen und andere Rechte zur Sicherheitsleistung nicht eignen, so scheint mir doch eine Ausnahme hinsichtlich der Buchschulden deutscher Staaten (vgl. Entw. e. Einf.-Ges. Art. 57) wohl gerechtfertigt. Je mehr diese Form der Schuldverbriefung neben die der Ausstellung von Schulddokumenten mit der Eigenschaft von Werthpapieren tritt[42]), desto weniger ist sie von den Mitteln der Sicherheitsleistung auszuschließen. Die Formen der Verpfändung solcher Buchforderungen sind zwar gewöhnlich nicht sehr bequem[43]), aber auch nicht wesentlich umständlicher als die Hinterlegung. Ueberdies trifft die Unbequemlichkeit mehr den Schuldner, welcher ja die Wahl hat, ob er zu diesem Mittel greifen will, als den realisirenden Gläubiger. Hiernach dürfte den Kautionsmitteln des § 199 hinzuzufügen sein:

„durch Verpfändung von in das Schuldbuch eines deutschen Staats eingetragenen Geldforderungen."

Dieselbe würde eine Ergänzung des § 201 dahin nöthig machen, daß mit solchen Forderungen nur in Höhe von $^3/_4$ des Kurswerths der gleichverzinslichen Schuldverschreibungen des betreffenden Staats Sicherheit geleistet werden kann. Sind deren mehrere Arten vorhanden, so wird der Richter ohne Mühe die richtige Analogie finden.

Daß bei Hypotheken und Grundschulden mündelmäßige Sicherheit gefordert wird (§ 203), ist bei dem problematischen Werthe der Grundtaxen nicht zu mißbilligen.

Zweifelhafter ist es, ob es der subsidiarischen Zulassung der Stellung von Bürgen (§ 199 Abs. 2) bedarf. Wer einen tauglichen Bürgen findet, wird in der Regel auch ein anderes Sicherheitsmittel finden können. Im Gebiet des Preuß. Allgemeinen Landrechts, welches die Bürgen thatsächlich ausschließt (I, 14 § 192), sind hierdurch Uebelstände wahrnehmbar nicht eingetreten. Wird die Bürgschaft aber zugelassen, so ist sie wenigstens so zu gestalten, daß der Gläubiger sie

---

[42]) Preuß. Ges. v. 20. Juli 1883 (Ges. S. S. 120) u. Ausf.-Best. des Finanz.-Min. v. 22. Juni 1884 (R.Anz. Nr. 154).

[43]) Die Verpfändung erlangt dem Staate gegenüber nur durch die Eintragung in das Schuldbuch Wirksamkeit; die Anträge müssen gerichtlich oder notariell bzw. vor einem Reichs-Konsul aufgenommen werden (Ges. §§ 7, 10).

Digitized by Google

in annähernd ebenso bequemer Weise wie ein Pfandrecht geltend zu machen im Stande ist. Es dürfte daher schriftliche Form zu verlangen (§§ 91, 92, 668) und zu bestimmen sein, daß der Bürge auf die Einrede der Vorausklage zu verzichten hat (vgl. § 675 Nr. 1)[44]).

Mit Recht enthält der Entwurf endlich das Prinzip der Nachschußpflicht bei einer dem Berechtigten nicht zur Last fallenden Minderung der Sicherheit (§ 205). Der Ausdruck „anderweite Sicherheit" dürfte indessen nicht ganz deutlich sein. In der Regel wird eine bloße Ergänzung genügen. Fällt z. B. der Kurs der hinterlegten Werthpapiere, so ist nicht eine andere Sicherheit (unter Rücknahme der früheren) zu bestellen, was natürlich dem Schuldner ebenfalls gestattet sein muß, sondern es dürfen soviel gleichartige oder andere Werthpapiere eingelegt werden, daß dadurch der Ausfall gedeckt wird. Dies würde deutlich ausgedrückt, wenn es hieße:

> „so hat der Verpflichtete dieselbe zu ergänzen oder anderweite Sicherheit zu leisten"[45]).

§ 4. Geldschuld, Münzsorte, Zinsen.

In dem zweiten Buch „Recht der Schuldverhältnisse" erfährt mit Recht die „Geldschuld" eine besondere Berücksichtigung. Die in dem ersten Titel „Gegenstand der Schuldverhältnisse" darüber aufgenommenen Vorschriften (§§ 215, 216) sind aber meines Erachtens prinzipiell bedenklich, in ihrer Fassung nicht völlig deutlich und für die hier in Frage kommenden zahlreichen Zweifelsfälle zu fragmentarisch. Der Entwurf beschäftigt sich zuerst mit der eigentlichen Summenschuld[46]). Für diese wird in § 215 Abs. 1 das kategorische Prinzip aufgestellt, daß die Zahlung (im Inlande) in Reichswährung auch dann zu bewirken ist, wenn die Schuld in ausländischer Währung ausgedrückt ist. Soweit hierin die Befugniß des Schuldners enthalten ist, in Reichswährung zu zahlen, wenngleich die Schuldurkunde die geschuldete Summe in ausländischer Währung bestimmt, bin ich vollkommen einverstanden. Dem deutschen Verkehrsleben ist das starre Prinzip des französischen Wechselrechts fremd, wo-

---

[44]) Vgl. auch H.G.B. Art. 281. § 204 des Entwurfs dürfte ziemlich überflüssig sein (vgl. auch Hölder in Archiv für die civil. Praxis Bd. 73 S. 157, Gierke a. a. O.)

[45]) Vgl. Mot. I, 392.

[46]) z. B. Geldarlehn (vgl. §§ 453, 454), Kaufpreis (§ 460) — der Mieths- u. Pachtzins (§§ 503, 532, 533) braucht nicht in Geld zu bestehen (Mot. II. S. 372) — Schuldverschreibung auf Inhaber (§ 701) ꝛc.

Digitized by Google

nach die fremde Münzsorte als bedungen gilt und schlechterdings geleistet werden muß[47]). Auch bei Wechselzahlungen und im Handelsverkehr kann in inländischen Münzen gezahlt werden, wenn nicht das Gegentheil ausdrücklich bedungen ist (Wechselordnung Art. 37, H.G.B. Art. 336). Auf dem gleichen Standpunkte beruhen die Vorschriften des Preuß. A.L.R. I, 11 § 785, I, 16 §§ 78, 79, 81[48]). Aber die Bestimmung des Entwurfs („ist — zu bewirken") verpflichtet, abgesehen von besonderen bindenden Abmachungen (von welchen weiter unten), auch den Schuldner, in keiner anderen als Reichswährung zu zahlen. Der Gläubiger kann diese fordern und das der Vertragsbestimmung entsprechende ausländische Geld ablehnen. In dieser Schärfe verstößt der Entwurf gegen die Verkehrssitte, welche dem Schuldner im Zweifel das Wahlrecht gewährt, und übertreibt die Bedeutung des geltenden Währungssystems. Die Motive (II S. 13) geben dafür keine Gründe. Indem sie aber unmittelbar in Anknüpfung an einen die gesetzliche Annahmepflicht zum Nennwerthe behandelnden Satz jene Vorschrift als „unerläßlich" bezeichnen, scheinen sie dieselbe aus dem Begriff der Währung abzuleiten, während diesem doch durch die in den bisherigen Gesetzen enthaltene facultas alternativa des Schuldners vollkommen Genüge geschieht[49]). Bedarf die Vorschrift hiernach in der Hauptsache der Aenderung, so verdient es andererseits zwar an sich Billigung, daß § 215 Abs. 2 eine Nebenbestimmung giebt, wonach für die erforderliche Umrechnung der Kurswerth zur Zeit und am Orte der Zahlung entscheidet. Dieselbe ist bestimmter als die entsprechende der Wechselordnung und des Handelsgesetzbuchs, insofern sie auch den Ort angiebt, nach welchem sich der Kurs richtet. Indessen dürfte auch für den Fall noch ergänzend Vorsorge zu treffen sein, daß am Zahlungsorte ein Kurs nicht notirt wird — nämlich dahin, daß alsdann der Kurs des nächsten Börsenplatzes maßgebend ist (vgl. W.O. Art. 50). Der Kurs, um welchen es sich hier handelt, ist der Geld-Kurs, welcher zwar regelmäßig

---

[47]) Code de comm. art. 143: Une lettre de change doit être payée dans la monnaie qu'elle indique. Vgl. Goldschmidt, Handb. I 2 S. 1153 Note 36. Nach der englischen Bills of Exchange Act v. 1882 sect. 72, 4 wird in Ermangelung einer ausdrücklichen Stipulation der in ausländischer Valuta angegebene Betrag nach dem Kurse von Sichtwechseln am Zahlungsort zur Verfallzeit umgerechnet.

[48]) Vgl. auch Förster-Eccius, Preuß. Privatrecht 5. Aufl. I S. 519.

[49]) Die Vorschrift des Münzgesetzes v. 29. Juli 1873 Art. 14 § 4 schließt eine entsprechende Fassung des Urtheils keineswegs aus, wie freilich Dernburg a. a. O. S. 78 anzunehmen scheint.

Digitized by Google

seinen Ausdruck in dem Kurse eines Sichtwechsels von dem Zahlungsplatz auf den Währungsplatz findet, aber davon doch verschieden sein kann[50]). Die Rechtsanwendung muß in dieser Hinsicht das Richtige finden.

Die fernere Vorschrift (Abs. 3), daß die Vorschriften des zweiten Absatzes entsprechende Anwendung finden, wenn die in Reichswährung ausgedrückte Geldschuld in ausländischer Währung zu bezahlen ist, ist undeutlich. Es ist nicht gesagt, in welchem Falle die Zahlung „in ausländischer Währung" stattzufinden hat. Nach den Mot. (II S. 13) scheint an eine entsprechende Vertragsbestimmung gedacht zu sein. Abgesehen von dem „Werthwechsel"[51]) dürften aber solche Verabredungen kaum vorkommen. Im Handelsverkehr sind sie nicht üblich. Die analoge Anwendung der für den umgekehrten Fall geltenden Vorschrift des Abs. 2 dürfte eintretenden Falls kaum zweifelhaft sein. Sehr häufig sind dagegen Verabredungen, wonach die Zahlung in einer bestimmten Münzsorte zu erfolgen hat, z. B. in Reichsgoldmünzen (um Silberthaler auszuschließen) oder in Napoléons, Sovereigns, Imperials u. dgl. Ueber die Wirkung solcher Vereinbarungen enthält der Entwurf nur die eine, an sich vollkommen korrekte Vorschrift, daß, wenn die bestimmte Münzsorte sich zur Zeit der Zahlung nicht mehr im Umlauf befindet, die Zahlung so zu leisten sei, wie wenn die Bestimmung nicht getroffen wäre (§ 216). Hierin liegt ein wichtiger Unterschied von der eigentlichen „Geldsortenschuld", bei welcher lediglich eine bestimmte Menge gewisser Münzen in obligatione ist. Sind diese Münzen nicht mehr erhältlich, so ist der Schuldner nach dem allgemeinen Grundsatze des § 237 befreit. Daß für diesen seltenen Fall einer generischen Obligation keine besondere Vorsorge getroffen ist (Mot. II S. 14), wird nicht zu beanstanden sein[52]). Nicht entbehrlich dagegen erscheinen mir Vorschriften darüber, unter welchen Voraussetzungen eine bestimmte Geldsorte zu leisten ist (uneigentliche Geldsortenschuld). Gerade gegenüber der Bestimmung des § 215 Abs. 1 hätte es solcher Vorschrift bedurft. Die besondere Natur des Geldes bringt es mit sich, daß der Betrag der Geldschuld stets nur durch Bezeichnung einer Menge bestimmter Münzen, in der Regel

---

[50]) Vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 1107, 1116, 1117.

[51]) Vgl. Samml. wechselrechtl. Entsch. d. R.O.H.G. Bd. 1 S. 73 ff. („oder Werth"), S. 109 ff. („oder Münze nach Kurs"). Der Schuldner hat hier die Wahl zwischen den inländischen und anderen am Zahlungsort zur Zahlungszeit umlaufenden, nicht verbotenen Münzsorten nach deren Kurse.

[52]) Vgl. Dernburg a. a. O. S. 80 („exklusive Geldsortenschuld") u. Fischer, Preuß. Privatrecht S. 310.

Digitized by Google

der Währungs-Grundmünze, ausgedrückt werden kann (z. B. 1000 Mk., 1000 Frcs., 1000 Lstr. 2c.). Selbst dann, wenn der Betrag auf eine andere Münze als die Währungs-Grundmünze lautet, welche ja zuweilen nur als Scheidemünze vorkommt (z. B. die Mark, der Franc (Lira) — also etwa auf deutsche Doppelkronen, auf Zwanzigfrankenstücke (Napoléons) 2c. — kann die Absicht sehr wohl die gleiche sein. Bei bestimmten Geschäften (Wetten, Pferdehandel 2c.) sind dergleichen Bezeichnungen zuweilen üblich. Dem gegenüber bedarf der Verkehr eines gewissen Anhalts, wann die Erwähnung der Münzsorte eine andere, stärkere Bedeutung haben soll. Dieses praktische Bedürfniß, nicht die formale Natur des Wechsels hat die Verfasser der Wechselordnung bewogen, die bereits oben kurz erwähnte Bestimmung (Art. 37) aufzunehmen, daß, wenn der Wechsel auf eine Münzsorte lautet, welche am Zahlungsorte keinen Umlauf hat, z. B. Sovereigns oder Napoléons, die Wechselsumme nach ihrem Werthe zur Verfallzeit in der Landesmünze bezahlt werden kann, sofern nicht der Aussteller durch den Gebrauch des Wortes „effektiv" oder eines ähnlichen Zusatzes die Zahlung in der im Wechsel benannten Münzsorte ausdrücklich bestimmt hat (Art. 37). Ich vermag nicht abzusehen, warum dieses Interpretationsmittel aufgegeben werden soll. Dadurch, daß statt „effektiv" auch ähnliche Ausdrücke zulässig sind, bleibt die Bestimmung elastisch genug. Ebendeshalb hat offenbar auch das Handelsgesetzbuch Art. 336 Satz 2 sich dem System der Wechselordnung angeschlossen, wonach eine gewisse Münzsorte nur bei dergleichen deutlichen Ausdrücken als rechtlich bedungen gilt[53]). Der Verkehr hat sich hieran einmal gewöhnt und empfindet die Bestimmung als Erleichterung, nicht als Zwang. Der Entwurf bedarf hiernach einer Vervollständigung.

Vorschriften über die Zahlungsleistung mittels Papiergeld und Banknoten hat der Entwurf nicht aufgenommen. Die Motive (II S. 15) verneinen das Bedürfniß, „indem die reichsgesetzlichen Vorschriften genügen". Nützlich würde aber wenigstens eine Bestimmung sein, wonach es sich dabei nicht um eine Annahme an Erfüllungsstatt (§§ 264, 265), sondern um wirkliche Zahlung handelt. Nur eine solche Lösung der bekannten Streitfrage[54]) dürfte der heutigen

[53]) Vgl. über die Auslegung dieser Vorschrift besonders die Anm. 51 angef. Entsch. d. B. O. H. G. v. 7. Febr. 1871. Die Bestimmung steht durchaus nicht auf dem „Standpunkt des Formalrechts" (s. Dernburg a. a. O. S. 79 Anm. 5), sondern enthält eine allgemeingültige Interpretationsregel.

[54]) Vgl. z. B. Mandry a. a. O. S. 190 Anm. 15, Dernburg a. a. O. S. 78, Knies, Kredit I (1876) S. 198 ff., II (1879) S. 429 ff., Endemann, H.R. S. 372, 547 2c.

Digitized by Google

Verkehrsauffassung jener Zahlmittel entsprechen, welche wirklich „Geld" im Rechtssinne sind, wenn auch nicht vollkommenes (s. oben). Dagegen ist das bürgerliche Gesetzbuch kaum der Ort, um die neuerdings wieder[55]) angeregte Frage zu entscheiden, ob dem Reichspapiergelde (Reichskassenscheinen) und den Reichsbanknoten, wie in England, Frankreich, Belgien 2c. den Noten der Centralbank, die Eigenschaft gesetzlicher Zahlmittel (legal tender, offre réelle) beizulegen sei. Die Bejahung hat allerdings unleugbare volkswirthschaftliche Vortheile und schneidet im Geschäftsverkehr Chicanen der Gläubiger ab, welche nicht ganz selten vorkommen. Indessen hängt die Entscheidung doch zu sehr mit der ganzen Einrichtung des Papiergeld- und Notenbankwesens zusammen, als daß es empfohlen werden könnte, das bestehende Spezialrecht in dem Rahmen des bürgerlichen Gesetzbuchs zu ändern. — Selbstverständlich können auch Verabredungen getroffen werden, daß die Zahlung in Zahlmitteln der vorgenannten Art erfolgen solle. Nicht selbstverständlich wie beim Währungsgelde aber ist es, daß die Annahme zum Nennwerthe erfolgt, wenigstens solange jene nicht die Eigenschaft gesetzlicher Zahlmittel haben. Es ist möglich, daß die Kontrahenten, z. B. bei viele Jahre hinausliegendem Verfalltermine, den Kurs zur Zeit und am Orte der Zahlung maßgebend sein lassen wollen (s. Mot. II S. 15). Bei der Art jedoch, wie Reichspapiergeld und Banknoten im Verkehr behandelt werden, dürfte der Verkehr durch eine ausdrückliche Vorschrift zu deutlichem Ausdruck zu nöthigen, also etwa zu bestimmen sein, daß dieselben zum Nennwerthe berechnet werden, wenn nicht Anderes verabredet ist[56]).

Auch die Zahlungsleistung mittels Checks, welche sich in dem deutschen Geldverkehr in Verbindung mit der großen Ausdehnung des Giroverkehrs der Reichsbank, obschon langsam, mehr und mehr einbürgert, harrt noch immer der gesetzlichen Regelung[57]). Das Thema ist durchaus kein spezifisch handelsrechtliches, denn die Verwendung der Checks ist nicht auf handeltreibende Kreise und nicht auf Handels-

---

[55]) S. Jacoby in Hirth, Ann. XXI (1888) S. 406 ff. Vgl. auch Lotz, Geschichte u. Kritik des d. Bankges. (1888) S. 204 ff.

[56]) Vgl. Bankges. §§ 19, 44 Nr. 5. Die Festsetzung eines Kassenkurses („dürfen", nicht „müssen") in § 13 Nr. 2 d. Münzgesetzes v. 9. Juli 1873 bezieht sich nur auf ausländische Münzen, von welchen oben die Rede, und hat hier keinen Einfluß.

[57]) Vgl. namentlich G. Cohn in Endemann's Handb. III S. 1135 ff., wo die gesammte Litteratur angegeben ist. Auch das Reichsgericht Straffenat III. (Entsch. in Straff. Bd. 18 S. 154) hat erst kürzlich bemerkt, daß unsere Gesetzgebung hier hinter der des Auslandes zurückgeblieben ist. Hat doch ein rheinisches Gericht in einem mir vorliegenden rechtskräftigen Urtheil in Ermangelung von gesetzlichen Vorschriften die Grundsätze des vor einigen Jahren im Reichsbank-Direktorium ausgearbeiteten Checkgesetzentwurfs angewandt.

Digitized by Google

geschäfte beschränkt. Dennoch wird sich die Frage nicht wohl anders als im Zusammenhange mit der gesammten rechtlichen Behandlung des Checks lösen lassen, und diese gehört am besten in ein besonderes Checkgesetz[58]), zu welchem sich die Reichsgesetzgebung hoffentlich nicht bis zur Revision des Handelsgesetzbuchs Zeit lassen wird. Wäre dies zu befürchten, so dürfte es vorzuziehen sein, den Check als eine Unterart der „Anweisung" im Anschluß an den diese behandelnden Titel (§§ 605—613) zu regeln.

Nicht auf die Geldschuld beschränkt ist der Begriff der Zinsen[59]). Indessen bildet sich doch nur für die Vergütung des Geldkredits auf dem allgemeinen Geldmarkte ein Maßstab, welcher zu einer gesetzlichen Fixirung der im Uebrigen der Vertragsfreiheit überlassenen (§ 358) Höhe — nicht absolut, sondern in Ermangelung abweichender Festsetzung — Anlaß giebt[60]). Statt „Schuld" in § 217 dürfte daher „Geldschuld" zu setzen sein. Die analoge Anwendung auf andere Schulden (Mot. II S. 10), wenn es an jedem anderen Anhalt gebricht, ist jedoch nicht ausgeschlossen. So wie die Vorschrift lautet, sichert sie nicht bloß die analoge Anwendung. Die Höhe von fünf Prozent erscheint mir aber nach den jetzigen Verhältnissen nicht angemessen. Der gegenwärtige Durchschnittszinsfuß in Deutschland ist weit geringer; er beträgt für gute inländische Papiere kaum $3\frac{1}{2}$, für gute Hypotheken 4 pCt. Man wird sagen dürfen, daß er sich zwischen 3 und 4 Prozent bewegt. Wenn aber das Gesetz eine mangelnde, sei es gesetzliche oder rechtsgeschäftliche Festsetzung hinsichtlich der Höhe der Zinsen ergänzt, wird es nur an jenen Durchschnittszinsfuß anknüpfen können. Man wird sich nicht damit trösten dürfen, daß die Praxis die Bestimmung bei Bedingung üblicher oder landesüblicher Zinsen nicht beachten werde (Mot. II S. 16). Wie bisher wird vielmehr die gesetzliche Festsetzung als die übliche gelten. Daß das bestehende Recht meistens fünf Prozent festsetzt[61]), dürfte nicht entscheidend sein. Die Bestimmungen stammen eben aus einer Zeit, wo der Zinsfuß erheblich höher war. Ein neues Gesetz wird bei einer so positiven Vorschrift doch nur die Verhältnisse der Gegenwart zu Grunde legen dürfen. Es ist richtig, obwohl aus mancherlei Gründen nicht sehr wahrscheinlich,

---

[58]) S. u. A. mein Gutachten in d. Verh. d. 17. Juristentags (1884) I S. 1—31.

[59]) Vgl. Endemann H.R. S. 402, 403, Förster-Eccius a. a. O. I S. 392 ff. Dernburg a. a. O. S. 80 ff. Das A.L.R. I, 11 § 359 erkennt auch die Möglichkeit von Verzugszinsen bei anderen als Geldschulden an.

[60]) Einen „angemessenen", „gerechten", „naturgemäßen" Zinsfuß zu finden, ist freilich sehr schwer (vgl. Knies, Kredit II S. 110 ff).

[61]) Bei Wechseln und Handelsgeschäften sogar 6 Prozent. Im H.G.B. kommen jedoch auch 4 Proz. vor (Art. 106).

Digitized by Google

daß der Zinsfuß auch bald wieder steigen kann. Will man diese Eventualität bedenken, so mag man eine Aenderung durch kaiserliche Verordnung[62]) im Einvernehmen mit dem Bundesrath oder eine Bestimmung des Bundesraths allein vorbehalten. Zu hohe gesetzliche Zinsen tragen zu leicht ein Strafelement in sich, welches dem Gedanken der Verzinsung nicht entspricht. Dabei mag hier sogleich erwähnt werden, daß nach § 248 Abs. 2 bei Verzug des Schuldners unter Umständen auch ein höherer Betrag bezw. Schaden vergütet werden muß. In dieser Allgemeinheit ist die Vorschrift abweichend sowohl von dem Preußischen Allgemeinen Landrecht I, 11 §§ 833, 834 wie von dem französischen Recht (code civ. art. 1153)[63]). Sie ist aber nicht bloß konsequent (vgl. § 247), sondern auch praktisch wohl gerechtfertigt. Die gesetzlichen Verzugszinsen sind eben ein bloßer Durchschnittsanschlag. Es giebt jedoch viele Fälle, in welchen derselbe nicht hinreicht (z. B. ein Hypothekengläubiger hat das fällige Geld bereits vom Verfalltage ab weiter verliehen, und es entstehen nun in Folge des Verzugs eine Menge Kosten), ohne daß man an unbegründete Spekulationen auf lucrum cessans zu denken braucht. Ebenso halte ich den Grundsatz des Entwurfs (§ 248 Abs. 1) für richtig, daß, wenn die Verzugszinsen höher sind, diese für die Dauer des Verzugs an die Stelle der Vertragszinsen treten; denn der vertragsmäßig niedrigere Anschlag der Geldnutzung bezieht sich doch nur auf die Vertragszeit, während sich dies in dem umgekehrten Falle nicht in gleichem Maße geltend machen läßt.[64]) Dagegen scheint es mir nicht erforderlich und sogar bedenklich, die Verpflichtung zur Zahlung von Verzugszinsen auf die Fälle auszudehnen, wenn bestimmte (d. h. individuell bestimmte) Geldstücke zu leisten (§ 248 Abs. 3), oder wenn Geldstücke durch unerlaubte Handlung entzogen sind (§ 717). In dem ersten Falle handelt es sich nicht um eine Geldschuld; es ist also prinzipiell nicht richtig, daran eine Zinsen-Verpflichtung zu knüpfen (s. oben). Der Entwurf sagt auch nicht, ob lediglich an inländische Münzen gedacht ist; bei ausländischen würde es erst wieder einer Umrechnung bedürfen. Oft wird überdies in solchen Fällen, z. B. wenn Münzen aus Liebhaberei für Sammlungen ꝛc. gekauft sind, an die gewöhnliche Nutzbarmachung nicht gedacht sein. Wenn aber Geld gestohlen oder veruntreut oder sonst widerrechtlich entzogen ist, so entsteht eine sofort fällige Geldschuld (auf Schadensersatz — § 704),

[62]) Eine Analogie bietet die preuß. Hinterlegungsordnung § 9 (für die an der Hinterlegungsstelle zu vergütenden Zinsen).

[63]) Vgl. auch Bähr, Zur Beurth. d. Entw. (München 1888) S. 32, 33, welcher sich für das franz. Recht erklärt.

[64]) Gegen Bähr a. a. O.

Digitized by Google

welche im Falle des Verzuges nach § 248 zu verzinsen ist. Auf alle Fälle würde der allgemeine Grundsatz der Civilprozeßordnung § 260 zur Anwendung kommen, wonach der Richter über die Höhe eines Schadens unter Würdigung aller Umstände nach freier Ueberzeugung entscheidet.

Wohl begründet ist die Vorschrift, daß bei einer Geldschuld die Zinsenpflicht mit dem Beginn des Verzugs des Gläubigers aufhört (§ 259). Der Verkehr hat es längst als eine Last empfunden, daß der Schuldner bisher nur durch Hinterlegung von der Zinsenpflicht befreit werden konnte. Die inneren Gründe für die neue (dem sächs. B.G.B. § 750) entsprechende Vorschrift werden treffend in den Motiven (II S. 75) entwickelt.

§ 5. Zahlung. Quittung. Zurückgabe des Schuldscheins. Hinterlegung.

Die Zahlung als Erfüllung der Geldschuld (solutio im engeren Sinne) ist in dem Entwurfe, abgesehen von den oben erörterten Vorschriften über die Währung und Münzsorte, nicht besonders behandelt, sondern geht in der Lehre von der „Erfüllung" auf (§§ 263 ff.). Damit verschwindet die reiche, das Zahlungsgeschäft betreffende Kasuistik vieler modernen Gesetzbücher, und es ist anzuerkennen, daß die dadurch dem Richter bei freier Beweiswürdigung gegebene unabhängige Stellung im Allgemeinen den Vorzug verdient. Daß nichtsdestoweniger eine genauere Begrenzung gegenüber dem sachlichen Gebiet der Annahme an Zahlungsstatt (§ 265) wünschenswert ist, habe ich bereits bemerkt. Gegenüber der alten Streitfrage hinsichtlich der im Handelsverkehr üblichen Zahlung mittels Rollen 2c.[65]) dürfte vielleicht eine Bestimmung nützlich sein, daß die Annahme von verschlossenen Geldbeuteln oder Geldrollen im Zweifel die Nachforderung eines nachweislichen Manco nicht ausschließt. Es wird damit zugleich ausgedrückt, daß den Empfänger die Beweislast bezüglich des Fehlens trifft, während andererseits nicht ausgeschlossen ist, daß nach den Umständen des Falles auf jede Nachforderung verzichtet ist. Daß der Ausgeber der Geldrollen u. s. w. nicht jedem Dritten für die Vollständigkeit hafte[66]), dürfte sich aus allgemeinen Grundsätzen genügend ergeben. Ebenso halte ich eine ausdrückliche Bestimmung über die Zulässigkeit von Nachforderungen bei offen hingegebenem Gelde oder

[65]) Vgl. meine Abhandl. in Busch, Arch. f. H.-R. Bd. 29 S. 347 ff., auch G. Cohn in Endemann's Handb. III S. 1018 ff.; Endemann, H.-R. S. 544, 545.

[66]) Eine solche Haftung enthält d. sächsische B.G.B. § 987.

Digitized by Google

bei Zahlung mit falschen Münzen für entbehrlich. Sofern nicht besondere Umstände das Gegentheil ergeben, wird jene Zulässigkeit nicht zu bestreiten sein.

Mit Recht hat der Entwurf den heutzutage in gewohnheitsrechtlicher Uebung befindlichen Satz sanktionirt, daß der Gläubiger gegen (nicht erst nach) Empfang der Leistung auf Verlangen schriftlich zu quittiren habe (§ 269). Das Bedürfniß trifft auch zu, wenn kein Schuldschein vorhanden ist. Ein Mißbrauch für Fälle sofortiger Baarzahlung im Kleinhandel ist kaum zu befürchten. Zu weit aber geht wohl die Bestimmung, daß im Falle eines „rechtlichen Interesses" des Schuldners die Quittung in der diesem entsprechenden Form ertheilt werden muß (§ 269 Abs. 2). Ein gewisses „rechtliches Interesse" an einer beweiskräftigen Form hat jeder Schuldner; er wird durch eine öffentliche Beurkundung der Gefahr der Ableugnung der Unterschrift überhoben. Der Schuldner könnte auch sein Interesse aus besonderen Abreden mit Dritten ableiten und dadurch die Quittirungspflicht des Gläubigers erschweren. Nur dann, wenn in Folge besonderer Rechtsvorschriften das Verhältniß so gestaltet ist, daß eine einfache schriftliche Quittung ihren Zweck verfehlen würde, z. B. wenn die Quittung zur Löschung im Grundbuche dienen soll, ist eine Verpflichtung zur notariellen oder gerichtlichen Quittirung gerechtfertigt. Es dürfte zweckmäßig sein, dies an dem geeigneten Orte besonders auszusprechen, da sich ein allgemeines Prinzip schwer formuliren läßt.

Vorschriften über die Beweiskraft der Quittung bezw. deren Eintritt sind nicht gegeben und würden auch nicht hierher gehören. Dennoch fragt es sich, ob nicht gewisse hiermit zusammenhängende Gewohnheiten des Verkehrs eine besondere Berücksichtigung verdienen. Gerade im Geldverkehr ist es üblich, ehe man leistet, z. B. Geld oder Werthpapiere mit der Post übersendet, die vorgängige Einsendung einer Quittung zu verlangen, welche auch nicht verweigert zu werden pflegt. Besonders im Verkehr mit Behörden geschieht dies allgemein[67]). Wenn demnächst die Leistung erfolgt, gilt die Quittung ohne neue Empfangsanzeige als Beleg. Geschieht sie nicht, so wird natürlich der Schuldner seine Quittung zurückfordern. Eine besondere gesetzliche Frist hierfür zu bestimmen, wie nach dem Recht der querela non numeratae pecuniae, ist nicht zu empfehlen, ebensowenig wie die Verleihung unumstößlicher Beweiskraft nach Ablauf der Frist[68]). Aber

---

[67]) Z. B. bei Rückgabe von Kautionen, Zahlung von Gehältern 2c., auch im Verkehr der Reichsbank (Einsendung des quittirten Lombardpfandscheins, Depotscheins, Depositalscheins, der Zinsen, Quittung 2c.).

[68]) Gegen die ganze Stufenleiter von halben, ganzen und unumstößlichen

Digitized by Google

jene Gewohnheit bringt es mit sich, daß der Beweis, die Quittung sei nur in Erwartung der Zahlung ausgestellt, oder die Zahlung sei bei Ertheilung der Quittung noch nicht erfolgt[69]), zur Entkräftung der in Händen des Gläubigers verbliebenen Quittung nicht genügt. Der Beweis muß sich vielmehr dahin richten, daß die Zahlung nicht geleistet sei. Ja, er muß noch weiter gehen. Die Quittung ist heutzutage besonders im kleinen Verkehr häufig die Form, in welcher kleine Differenzen ohne Zahlung ausgeglichen werden. Der vergleichsweise oder der ganz unentgeltliche Erlaß eines Theils der Forderung finden oft ihren Ausdruck in der Quittung. Nur selten gleichwohl geht aus dem Inhalt der Quittung hervor, daß eine andere Tilgungsart als Zahlung zu Grunde liegt[70]); vielmehr werden häufig der Ausdruck „erhalten" oder „empfangen", „quittirt", „pour acquit" oder ähnliche Worte, welche auf Zahlung deuten oder die Tilgungsart unbestimmt lassen, gebraucht. Die Quittung ist hier die Willenserklärung, daß die Forderung erledigt, abgemacht sein solle. Der einfache Beweis also, daß Zahlung nicht erfolgt sei, würde ihre eigentliche Bedeutung nicht berühren. Es bedarf einer Vorschrift, welche der Quittung die Wirkung eines „vertragsmäßigen Anerkenntnisses, daß ein Schuldverhältniß ganz oder zum Theil nicht bestehe" (§ 290 Abs. 3), verleiht[71]). Hiernach dürfte etwa zu bestimmen sein, daß eine Quittung nur durch den Nachweis entkräftet werde, daß die Zahlung nicht erfolgt und die Schuld auch nicht erlassen sei. Ist dieser Beweis auch nicht leicht zu führen, so kann man sich doch, abgesehen von den Fällen, wo vorgängige Einsendung der Quittung vorgeschrieben bezw. bedungen oder üblich ist, vor der vorzeitigen Quittirung leicht hüten. Oft werden auch die ausführliche Fassung der Quittung (Angabe der gezahlten Summen ꝛc.) oder sonstige Umstände ohne Weiteres ergeben, daß von einem Erlasse nicht die Rede sein kann und der Beweis sich also lediglich gegen die Thatsache der Zahlung zu richten hat. Aber es muß auf alle Fälle dafür gesorgt werden, daß der, welcher eine Quittung und damit den endgültigsten

---

Vermuthungen, welche besonders in der Lehre von der Zahlung ihr Wesen treiben, habe ich mich bereits früher erklärt (s. Gruchot, Beiträge XIII S. 321 ff.).

[69]) So Dernburg a. a. O. S. 231.

[70]) Dies fordert das Preuß. A.L.R. I, 16 §§ 113, 114, woran sich zahlreiche Streitfragen geknüpft haben. Für die liberatorische Wirkung der einfachen Quittung s. mein Gutachten i. d. Verh. d. 8. D. Juristentages I S. 304 ff. und m. Abh. in Hinschius' Zeitschr. III. S. 294 ff.

[71]) Vgl. Bähr, Zur Beurtheilung ꝛc. S. 37 ff., welcher (ohne bestimmten Vorschlag) eine Ergänzung des § 290 in der auch hier vertretenen Richtung verlangt.

Digitized by Google

Beweis für die Tilgung der Schuld in Händen zu haben glaubt, nicht diesen Schutz durch den bloßen Nichtzahlungsbeweis verliert und sich auf den Beweis einer anderen Schulderledigung hingedrängt sieht.

Die Kosten der Quittung hat der Schuldner nach allgemeinen Grundsätzen nicht bloß zu tragen, sondern auch vorzuschießen, damit dieser zur Behändigung der Quittung Zug um Zug mit der Leistung im Stande ist. In den Fällen einer erhöhten Form (§ 269 Abs. 2) ist dies von Interesse. Sofern es also nicht schon aus § 270 zu folgern, wird es ausdrücklich zu verordnen sein.

Die Bestimmung über die Rückgabe, event. Mortifikation des Schuldscheins (§ 271) scheint mir auf der einen Seite zu streng, auf der anderen zu milde. Nur wenn der Gläubiger zur Zurückgabe des Schuldscheins außer Stande ist, muß danach der Schuldner sich mit der Mortifikationserklärung begnügen. Nach den Motiven (II S. 90) ist dies dahin zu verstehen, daß der Gläubiger die Unmöglichkeit der Rückgabe nachweisen müsse. Die Behauptung, zur Rückgabe außer Stande zu sein, soll nicht ausreichen[72]). Ist der Schuldschein verbrannt oder sonst vernichtet, so ist der Beweis zuweilen nicht zu schwierig. Wie aber, wenn er nur gestohlen, verlegt oder sonst abhanden gekommen ist? Hier würde meist nur das Erbieten zum Eide (und worüber?) übrig bleiben. Die Rechtslage des Gläubigers, welcher nicht immer an dem Verlust des Schuldscheins schuld sein wird, darf meines Erachtens nicht unnöthig erschwert werden. Schein gegen Schein; der Schuldschein wird durch den Mortifikationsschein entkräftet, welchen der Schuldner nun freilich bis zum Ablauf der Verjährungsfrist verwahren muß. Das Interesse des Schuldners dürfte genügend gewahrt sein, wenn die Mortifikationserklärung auf alle Fälle, auch wenn der Schuldschein eine einfache Privatschrift ist, öffentlich beglaubigt sein muß und der Gläubiger die Kosten der Beglaubigung zu tragen hat, wie dies der Entwurf vorschreibt. — Es giebt aber zahlreiche Fälle, in welchen eine solche Erklärung in der That nicht genügen kann — nämlich dann, wenn der Schuldschein nicht zu den „bloßen Beweis- oder Legitimationsurkunden“ gehört, für welche, wie die Mot. (II S. 91) bemerken, der Entwurf eine Kraftloserklärung im Wege des Amortisationsverfahrens nicht kennt, sondern in engerer Weise mit der Forderung verknüpft ist. Kann letztere überhaupt nur mit der Schuldurkunde geltend gemacht werden, kann sogar ein gutgläubiger Erwerber, ohne wirklich Gläubiger zu sein, doch durch den Besitz oder in Verbindung mit dem

[72]) Vgl. dagegen Entsch. d. Preuß. Obertrib. Bd. 65 S. 112, Förster-Eccius a. a. O. I. S. 581.

Digitized by Google

Besitz Gläubigerrechte erlangen, so schützt auch ein bloßer Mortifikationsschein den Schuldner nicht in genügendem Maße. Die Wechselordnung verpflichtet daher den Acceptanten eines abhandengekommenen Wechsels zur Zahlung nur nach Einleitung des Amortisationsverfahrens und gegen Sicherheitsbestellung (Art. 73), und diese Bestimmung findet nach Art. 305 H.G.B. auch auf die im Art. 301 daselbst bezeichneten Papiere Anwendung. Das Prinzip ist aber ein allgemeines für alle Schuldurkunden, welche zu den Werthpapieren gehören (s. oben). Die Ausdehnung der Zulässigkeit der Kraftloserklärung auf alle Werthpapiere ist bereits oben angeregt worden (S. 7, 8). Erforderlich ist indessen in Verbindung hiermit eine allgemeine Vorschrift im Anschluß an § 271 dahin, daß, wenn der ausgestellte Schuldschein ein Werthpapier ist, die Zahlung nur gegen den Nachweis gerichtlicher Kraftloserklärung — oder doch nur unter der obigen Beschränkung des Art. 73 W.O. — gefordert werden kann. Dies steht im Einklang mit den Gedanken des Entwurfes über die Schuldverschreibung auf Inhaber (§ 688, 692, 695) und ist auch bei der Briefhypothek (und Grundschuld — § 1136) anerkannt (§ 1123). Der Grundsatz ist aber auch wichtig für zahlreiche Verkehrsurkunden, z. B. Sparkassenbücher, Versicherungs-Policen, Depotscheine, Pfandscheine 2c., und mußte bisher durch besondere Vertragsbestimmungen oder reglementarische Satzungen[73]) zum Ausdruck gebracht werden. Diese wie die zum Theil unklaren oder zu weitgehenden Bestimmungen der Partikulargesetze[74]) würden alsdann durch ein klares, den Bedürfnissen des Verkehrs entsprechendes Prinzip ersetzt.

Das Recht des Schuldners auf Hinterlegung beschränkt der Entwurf auf Schuldverhältnisse, welche die Leistung von Geld oder Werthpapieren[75]) zum Gegenstande haben (§ 272). Nur die Landesgesetze sollen dies auch auf andere Gegenstände ausdehnen können (§ 280 Abs. 2). Meines Dafürhaltens geht eine solche Beschränkung zu weit. Ich nehme zwar an, daß unter „Geld" hier (wie bei der oben erörterten Hinter-

---

[73]) Solche enthalten z. B. die allg. Bedingungen der Reichsbank über den Lombardverkehr, die Aufbewahrung und Verwaltung von Werthpapieren und die Aufbewahrung verschlossener Depositen.

[74]) Die Preuß. Verord. v. 9. Dez. 1809 berechtigt den Schuldner, eine Amortisation auf Kosten des Gläubigers schon dann zu verlangen, wenn er wahrscheinlich machen kann, daß er ohne dieselbe unangenehmen Weiterungen oder gar der Gefahr doppelter Zahlung ausgesetzt sein würde. Vgl. im Uebrigen die oben Anm. 22 angef. Schrift von Bindschedler S. 17 ff.

[75]) Was die Mot. (II S. 93) unter „Werthpapiere im weiteren Sinne" verstehen ist nicht klar. Es ist hier kein anderer Begriff als der allgemeine (s. oben).

Digitized by Google

legung zur Sicherheitsleistung) nicht bloß dasjenige zu verstehen ist, welches in Zahlung genommen werden muß. Anderes Geld (s. oben) würde sonst nur, wenn und soweit die Landesgesetze bestimmt haben, daß der Fiskus oder die Hinterlegungsstelle „Eigenthümer der hinterlegten Gelder und Banknoten gegen die Verpflichtung wird, einen dem hinterlegten Gelde gleichkommenden Betrag zu zahlen" (§ 280 Abs. 3), reichsgesetzlich hinterlegungsfähig sein, und, soweit dies nicht der Fall ist, würden selbst Reichskassenscheine, Reichsbanknoten, jedenfalls aber ausländisches Geld von der Hinterlegung ausgeschlossen und der Schuldner auf das Surrogat der öffentlichen Versteigerung und Hinterlegung des Erlöses (§ 278) verwiesen sein. Wenn der Schuldner es darauf ankommen lassen will, ob in dem über die Rechtmäßigkeit der Hinterlegung entstehenden Prozesse der Gläubiger diese Rechtmäßigkeit deshalb bestreitet, weil die hinterlegten Zahlungsmittel nicht dem Annahmezwang unterliegen, so sollte ihn das Gesetz darin nicht hindern. Es ist aber meines Erachtens nicht abzusehen, warum nicht wenigstens „Kostbarkeiten" als reichsgesetzlich hinterlegbar bezeichnet sind. Nach dem Entwurfe würde Jemand, der Juwelen, Ringe, Uhren ꝛc. schuldet, in Ermangelung einer die Hinterlegung zulassenden landesgesetzlichen Vorschrift[76]) sich nicht durch Hinterlegung befreien können, und da hier die Voraussetzungen der Versteigerung (Besorgniß des Verderbs oder unverhältnißmäßige Kosten der Aufbewahrung) selten zutreffen, wird er die Gefahr weiter tragen müssen. Meines Dafürhaltens darf der Reichsbürger erwarten, daß die Zulässigkeit der Deposition reichsgesetzlich nicht unnöthig beengt wird und die Bundesstaaten ihr Hinterlegungswesen dieser Zulässigkeit überall anpassen. Zur Hinterlegung von Pretiosen dürften überall im Deutschen Reiche hinreichende Anstalten ohne zu große Schwierigkeit zu beschaffen sein. Aber auch für andere bewegliche Gegenstände erscheint es bedenklich, wenn der Entwurf in Ermangelung landesgesetzlicher Vorschriften lediglich auf jenes Surrogat (§ 278) hinweist. Das Interesse des Gläubigers kann dadurch schwer geschädigt werden. Mindestens da, wo den Gerichten freiwillige Gerichtsbarkeit zusteht, würden diese meines Erachtens am geeignetsten sein, die Modalitäten der Hinterlegung bezw. die Auswahl eines Verwahrers (bezw. Verwahrungsorts) zu bestimmen[77]). Wo dies nicht der Fall, könnten landesgesetzlich andere Behörden damit beauftragt werden.

---

[76]) Preuß. Hinterlegungsordn. v. 14. März 1879 § 1 Nr. 4, § 26 (Münzen und Werthzeichen können danach als Kostbarkeiten hinterlegt werden).

[77]) Vgl. Preuß. Hinterlegungsordn. § 87; Allg. L.-R. I, 16 §§ 213 ff., § 233, I, 14 §§ 98 ff.

Digitized by Google

§ 6. Gewährleistung wegen Mängel; aufgebotene, ausgelooste, gekündigte Werthpapiere.

Im Verkehr mit Geld und Werthpapieren begegnet man nicht selten einer verkehrten Anwendung des Gewährleistungsbegriffs. Man spricht z. B. von Gewährleistung, wenn falsche oder außer Kurs gesetzte Münzen in Zahlung gegeben sind, oder wenn die für vollständig gehaltene Geldrolle nicht so viel Münzen enthält, als die Aufschrift angiebt. In beiden Fällen handelt es sich indessen nur um eine unvollständige Leistung; die Vervollständigung ist mit der Erfüllungsklage zu erzwingen, wie hinsichtlich des zweiten Falles schon oben angedeutet ist (§ 5 S. 21). Aehnlich verhält es sich, wenn das veräußerte Werthpapier falsch[78]) oder für kraftlos erklärt ist. In diesem Falle ist statt eines Werthpapiers ein gewöhnliches Stück Papier geleistet, also überhaupt nicht erfüllt. Wirkliche Schwierigkeiten dagegen bereitet der ziemlich häufige Fall, wenn das Werthpapier zur Zeit der Lieferung zwar aufgeboten war, die Kraftloserklärung aber erst später erfolgt. Hier entstehen die verschiedensten Fragen, über welche Wissenschaft und Praxis äußerst uneinig sind. Man streitet, ob es sich um Mängel rechtlicher oder thatsächlicher Art handelt, ob die Erfüllungsklage oder die kurzen Rechtsmittel des ädilizischen Edikts anwendbar sind, ob ein entschuldbarer Irrthum des Käufers vorliegen müsse, und wie es sich stelle, wenn auch der Verkäufer sich in solchem befinde, insonderheit wenn er nicht mit Werthpapieren handelt[79]). Die Fragen betreffen nicht bloß den Handelsverkehr, sondern können auch bei Veräußerung von Werthpapieren im Privatverkehr, z. B. bei Erbauseinandersetzungen und sonstigen Ge-

---

[78]) Bei bloßer Verfälschung (z. B. in der Nummer) und dadurch beeinträchtigter Kursfähigkeit liegt nur ein Gewährsmangel vor (vgl. Entsch. d. Preuß. Obertrib. Bd 16 S. 141).

[79]) Besonders im Gebiete des preuß. Rechts ist die Kontroverse lebhaft erörtert (vgl. Siegfried (Saling), Die Börse u. d. Börsengeschäfte 4. Aufl. (1884) S. 427 ff. Während das R.O.H.G. (Entsch. d. R.O.H.G. Bd. 5 S. 234 f.), wie das preuß. Obertrib. (Entsch. Bd. 41 S. 35, Striethorst, Arch. f. Rechtsf. Bd. 23 S. 210, 33 S. 64) die Ansprüche des Käufers abgewiesen hatte, gewährt das Reichsgericht wenigstens einem Nichtbankier gegen einen Bankier die Erfüllungsklage (Entsch. d. R.G. in Civ.-S. Bd. 5 S. 204 ff.); Dernburg, a. a. O. II, S. 369 Anm. 10, billigt die Wandelungs- und Preisminderungsklage zu, wenn der Käufer nicht Bankier ist. Unbestimmt Förster-Eccius a. a. O. I S. 381. Endemann, H.R. S. 375 Anm. 11, sieht darauf, ob der Erwerber die Eigenschaft kannte oder kennen mußte.

Digitized by Google

meinschaftstheilungen (vgl. §§ 771, 2151), vorkommen. Eine sichere und angemessene Lösung dürfte auch nach den einschlagenden Bestimmungen des Entwurfs ohne ausdrückliche Vorschriften kaum zu erreichen sein. Der Thatbestand ist in der That ein eigenthümlicher und hat seine eigenthümlichen Bedürfnisse. Ob das Aufgebot auf einem Mangel im Recht des Auktors beruht, steht dahin. Es sollen nur Alle, die an das Papier Anspruch machen, zum Hervortreten genöthigt werden. Der Mangel ist daher, obwohl er außerhalb des Papiers liegt, thatsächlicher Art. Er nöthigt den Erwerber, zur Vermeidung der Präklusion Mühe und Kosten anzuwenden, während dieser doch ein Papier zu erhalten beanspruchen darf, das ihm solche besonderen Kosten nicht auferlegt. Die Einleitung des Aufgebots erschwert überdies ähnlich wie Einsprüche Dritter[80]) die Begebbarkeit; sie hindert die Lieferbarkeit an der Börse. Es ist daher eine gerechte Forderung, daß der Veräußerer dafür haftet, wie für andere Mängel, welche die Tauglichkeit der veräußerten Sache zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche mindern. Das Gesetz würde nur die Subsumtion des vorausgesetzten Falles unter die bezüglichen Vorschriften (§§ 381 ff.) zu sichern haben. Geschieht dies, so würde es einer ausdrücklichen Vorschrift dahin kaum bedürfen, daß es als eine grobe, die Haftung ausschließende Fahrlässigkeit (§ 382 Abs. 2) nicht zu betrachten ist, wenn der Erwerber von *späteren* Veröffentlichungen des Aufgebots keine Kenntniß genommen hat. Der Einfluß, welchen die gewerbliche Thätigkeit des einen oder beider Kontrahenten auf die Haftung übt, wird der Beurtheilung im einzelnen Falle bezw. dem Handelsrecht zu überlassen sein. Dagegen ist eine besondere Vorschrift über den Anfang der kurzen Verjährung kaum entbehrlich, wenn die Einräumung des Anspruchs nicht beinahe werthlos bleiben soll. Die Klage wegen Mängel verjährt nach dem Entwurf (§ 397), ähnlich wie nach H.G.B. Art. 349, binnen 6 Monaten nach der Uebergabe an den Erwerber. Die Aufgebotsfristen sind aber häufig, ja in den meisten Fällen sehr viel länger (vgl. Civilprozeßord. §§ 842 ff.). Erst wenn das Ausschlußurtheil publizirt wird (§ 848 das.) oder bei der Abhebung neuer Zinsscheine oder beim Verkauf des Papiers pflegt der arglose Erwerber auf den Mangel aufmerksam zu werden. Will man also wirklich helfen und doch nicht auf das schwankende Erforderniß der Kenntniß des Mangels (s. Mot. II. S. 239) zurückgreifen, so wird es sich empfehlen, die sechsmonatige Frist erst mit der Veröffentlichung des Ausschlußurtheils beginnen zu lassen.

---

[80]) Vgl. Entsch. d. R.O.G.H. Bd. 16 S. 22 ff. (die Zahlungssperre beruht aber auf einem *rechtlichen* Mangel).

Digitized by Google

Nicht bloß als einen Mangel der in Rede stehenden Art sieht der Verkehr es an, wenn das Werthpapier zur Zeit des Veräußerungsgeschäfts bereits ausgelooſt oder gekündigt, also mit festem Verfalltermin versehen und dies beiden Theilen unbekannt war. Man pflegt vielmehr davon auszugehen, daß in einem solchen Falle ein ganz anderer Gegenstand (alind pro alio) geleistet ist.[81]) Dem muthmaßlichen Willen entspricht dies allerdings mehr als die entgegengesetzte Anschauung[82]), wonach im Zweifel die Gewinn-Chance gleichfalls Gegenstand des Kaufgeschäfts ist, der Erwerber somit den sich ergebenden Schaden ebenso zu tragen hat, wie er den etwaigen Vortheil genießt. Bei der Zweifelhaftigkeit der Frage würde sich aber eine ausdrückliche Bestimmung empfehlen. Die Häufigkeit der einschlagenden Fälle dürfte gegen den Vorwurf der Kasuistik schützen.

§ 7. Darlehen.

Ungemein knapp gehalten sind die Vorschriften vom Darlehen (§§ 453 ff.). Im Allgemeinen ist es gewiß zu billigen, daß sich der Entwurf hier wie anderswo von der Kasuistik der bestehenden Gesetze fern gehalten hat.

Hinsichtlich der ziemlich häufigen Darlehen in Werthpapieren, welche der Entwurf nicht erwähnt, dürfte aber doch ein Anhalt für die Praxis erwünscht sein. An sich fallen Werthpapiere unter die vertretbaren Sachen. Wenn § 453 den Darlehnsempfänger verpflichtet, das Empfangene in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten, so würden Werthpapiere gleicher Art zurückzugeben sein (so auch Mot. II S. 309). Ob aber auch in derselben Menge, wenn der Kurs gefallen ist? Die vielen, von einander abweichenden Bestimmungen der Partikularrechte[83]) sprechen für das Bedürfniß einer Entscheidung; der Kontraktswille pflegt sich gerade hier nicht deutlich auszusprechen. Im Zweifel ist doch wohl anzunehmen, daß, wer Werthpapiere darleiht, also veräußert, weitere Kursgefahren nicht

---

[81]) So die Berliner Börsen-Usance (Börsenhandbuch 1886 S. 28) u. Entsch. d. R.G. in Civ.-S. Bd. 1 S. 292; auch Goldschmidt, Zeitschr. f. H.R. Bd. 23 S. 544 Anm. 1.

[82]) So die ältere Praxis (R.O.H.G. Bd. 20 S. 387 ff. und Kammerg. in Goldschmidt a. a. O. S. 543 ff.). Nicht hierher gehört der Fall in Entsch. d. R.O.H.G. Bd. 14 S. 367 ff.

[83]) Vgl. preuß. A.L.R. I, 11 §§ 793 ff., sächs. B.G.B. § 1067 Satz 2, österr. G.B. § 990 ꝛc. Ueber die zahlreichen im Verkehr vorkommenen Varietäten, s. besonders G. Cohn in Endemann's Handb. III S. 847 ff.

Digitized by Google

laufen will, sondern den Kurswerth zur Zeit der Darleihung[84]) als die Valuta betrachtet, welche dereinst, sei es in Geld oder in Papieren derselben Art, je nach der Absicht, zurückzuvergüten ist, und nach welcher sich auch der Betrag der Zinsen (§ 455) richtet. Hiermit ist zugleich der Fall angemessen geregelt, wenn Papiere derselben Art nicht mehr zurückerstattet werden können. Ich würde daher eine Interpretationsregel in der angedeuteten Richtung aufzunehmen empfehlen, welche die Parteien, wenn sie etwas anderes, insonderheit eine Rückerstattung in natura wollen, nöthigt, sich über die Folgen klar zu werden und auszusprechen.

§ 8. Kauf. Preisabrede.

Der Kauf setzt voraus, daß ein in Geld bestehender Kaufpreis vereinbart ist (§ 466). Es kommt aber im kleinen Verkehr sehr häufig vor, daß bei marktgängigen Waaren eine Preisabrede unterbleibt, indem der Käufer sich stillschweigend dem Marktpreise unterwirft. Muß aus einem solchen Geschäft geklagt werden, so pflegt man über die „Angemessenheit" des geforderten Preises auf das Gutachten von Sachverständigen Bezug zu nehmen.[85]) Um die Zweifel über die Rechtsgültigkeit solcher Verträge abzuschneiden und zugleich eine Grenze zu bestimmen, jenseits deren das Vorhandensein einer gültigen Preisabrede nicht mehr anzunehmen ist, dürfte § 461 dahin zu ergänzen sein, daß bei entgeltlicher Uebereignung marktgängiger Waaren der Marktpreis als Kaufpreis bestimmt ist, wenn nichts anderes verabredet ist. Die auf „billiges Ermessen" der Kontrahenten oder eines Dritten verweisenden §§ 353 ff. sind meines Erachtens hier nicht anwendbar. Es handelt sich vielmehr nur um den Beweis einer Thatsache, nämlich der Höhe des bestehenden Marktpreises.

Aehnliche Grundsätze kommen bei der Miethe, besonders der Dienstmiethe und der Werkverdingung zur Anwendung. Auch bei dem „Dienstvertrage" (§ 559; vgl. auch § 615) und dem „Werkvertrage" (§ 567) wird aber eine Verweisung auf obrigkeitliche Taxen, eventuell den Ortsgebrauch nützlich sein, mag bei beiden eine Vergütung — ohne Bestimmung — verabredet oder nur nach den Um-

---

[84]) Allerdings wird der Vertragswille auch auf dieser Grundlage immer viel zu ordnen haben. Die Möglichkeit, daß der Darleiher wirklich eine Kursspeculation beabsichtigt (Cohn a. a. O. Anm. 102) ist nicht zu leugnen.

[85]) Vgl. Goldschmidt, Handb. I 2 S. 602 Anm. 64, Ude im Arch. f. d. civ. Praxis Bd. 52 S. 130 ff., R. Koch in Löhr, Centralorg. f. H.R. N. F. I S. 22 ff.

Digitized by Google

ständen als vereinbart anzunehmen sein.[86]) Dasselbe gilt von dem Mäklervertrage, bei welchem sich der Entwurf im Wesentlichen mit Entscheidung der einen Streitfrage begnügt hat, ob die Mäklergebühr auch verdient ist, wenn der Vertrag nicht zu Stande kommt (§ 580) und jede besondere Bestimmung über deren Höhe für entbehrlich hält.[87]) Dem „billigen Ermessen" des Mäklers (§ 354) sich zu unterwerfen, dürfte sehr bedenklich sein.

Unter den Kaufvertrag, nicht unter den Tausch (§ 502) fällt der sogenannte Geldwechsel, ein Geschäft der kleineren Bankiers (Wechselstuben ꝛc.). Die eine Münzsorte erscheint dabei als Waare, die andere als Geld.[88]) Besondere Vorschriften darüber sind entbehrlich. Uebrigens ist nicht ausgeschlossen, daß Münzen gegen einander wirklich ausgetauscht werden.

§ 9. Hinterlegungsvertrag, depositum irregulare. Giroverkehr. Lagergeschäft. Kontokurrentvertrag.

Die Vorschriften vom Hinterlegungsvertrage berühren den Bankverkehr an vielen Punkten. Es ist bekanntlich nicht nur ein Geschäft der Banken, Werthpapiere und andere Werthsachen entgeltlich in Verwahrung zu nehmen, sondern die Geld-Depositen bilden auch einen der wichtigsten Theile ihrer Passiv-Geschäfte. In dem Falle der Deponirung von Werthpapieren pflegt sich mit der Verwahrung noch eine mehr oder minder ausgedehnte Verwaltung zu verbinden (so bei den sog. offenen Depots der Reichsbank). Der Hauptzweck bleibt dabei aber doch — anders als beim Lombardgeschäft oder bei sonstigen kaufmännischen Depots, z. B. im Kontokurrent, wo die Grundsätze vom Faustpfandrecht zur Anwendung kommen — die Aufbewahrung; die Grundlage für die rechtliche Beurtheilung bilden daher die Vorschriften vom Hinterlegungsvertrage[89]). Diese entscheiden auch bei der Verwahrung anderer Werthsachen, mögen dieselben verschlossen (z. B. die verschlossenen Depositen der Reichsbank) oder offen übergeben sein, mag sich daran eine Werthversicherung (wie bei jenen zulässig) knüpfen oder nicht

---

[86]) A. M. Mot. II. S. 460, 472.

[87]) Vgl. Mot. II. S. 514; anders Dresd. Entw. Art. 735 und dazu m. Aufs. in d. Ger.-Ztg. N. F. II. (1867) S. 231.

[88]) Vgl. Dernburg, a. a. O. II S. 337, 409. Dunkel bleibt Preuß. A.L.R. I, 11 § 373 trotz der Bemerkung in Förster-Eccius a. a. O. II S. 41; Fischer a. a. O. S. 406.

[89]) Vgl. auch G. Cohn a. a. O. S. 902 ff. (qualifizirtes Depositengeschäft); Endemann, H.R. S. 593 ff., Gareis H.R.S. 546, Dernburg, a. a. O. II S. 607 Anm. 3.

Digitized by Google

Die einfachen, von Kasuistik freien Bestimmungen, welche der Entwurf über den vorliegenden Gegenstand aufgenommen hat (§§ 614 ff.), bilden überall passende Ausgangspunkte für die bei jenen Geschäftszweigen unentbehrlichen Geschäftsbedingungen. Insbesondere ist nichts dagegen zu erinnern, daß der Verwahrer nach allgemeinen Grundsätzen (§ 224 Abs. 1, § 225, § 144 Abs. 1) für jede Fahrlässigkeit haften soll (vgl. Mot. II S. 572). Neben der Befugniß, von der vereinbarten Art der Aufbewahrung abzuweichen, wenn Umstände vorliegen, welche die Annahme begründen, die Abweichung würde von dem Hinterleger bei Kenntniß der Sachlage gebilligt werden (§ 617), dürfte eine Bestimmung zweckmäßig sein, daß der Verwahrer nicht verpflichtet ist, den Ort der Aufbewahrung (im Sinne von Stadt, Dorf ꝛc.) zu ändern. Zweifel könnten sich sonst z. B. im Falle einer Kriegsgefahr ergeben und die Verbindlichkeit des Verwahrers sehr lästig gestalten. An sich ist ja die Rückgabe, wie auch der Entwurf verordnet (§ 620), da zu bewirken, wo die Aufbewahrung zu erfolgen hatte. Es fragt sich indessen, zumal bei Beseitigung der älteren Vorschriften darüber, ob die eigene oder die fremde Sache bei der Rettung vorzuziehen sei[90]), inwiefern etwa der Verwahrer verbunden ist, die hinterlegte Sache nach einem anderen anscheinend gefahrloseren Orte zu schaffen. — Daß der Verwahrer die Rückgabe des Depotscheins (Depositalscheins) verlangen kann, ergiebt sich schon aus § 271 (s. oben S. 24). Selbstverständlich kann er auch, wie üblich, die Bedingung stellen, daß er nur befugt, nicht verpflichtet sei, die Legitimation des Präsentanten zu prüfen (§ 703), ohne daß das Papier dadurch allein zum Werthpapier wird.

Bedenklich bin ich dagegen, ob die über das sog. depositum irregulare aufgenommenen Vorschriften (§ 618), daß wahre Wesen der Sache treffen. Die Vereinbarung, daß nicht dieselben Sachen, sondern Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren seien, soll den Vertrag zum Darlehnsvertrag machen; und ebenso soll der Hinterlegungsvertrag in einen Darlehnsvertrag übergehen, sobald der Verwahrer von der ihm eingeräumten Befugniß zum Verbrauch Gebrauch macht (Abs. 1)[91]). In beiden Fällen soll aber im Zweifel für den Darlehnsvertrag als vereinbart anzunehmen sein, daß in Ansehung der Zeit und des Orts der Rückgewährung die für den Hinterlegungsvertrag geltenden Vor-

---

[90]) Z. B. preuß. A.L.R. I, 14 §§ 20—23, sächs. B.G.B. § 1266; vgl. Mot. II S. 574.

[91]) Dies ist der Standpunkt des preuß. A.L.R. I, 14 §§ 82—84. Indessen ist es streitig, ob demselben das dep. irreg. überhaupt bekannt ist (vgl. Dernburg a. a. O. S. 474, 609 und Förster-Eccius a. a. O. II S. 291 ff., Entsch. d. R.G. i. Civ.-S. Bd. 11 S. 322 ff., Fischer a. a. O. S. 455.).

Digitized by Google

schriften anwendbar sein sollen (Abs. 2); d. h. es gilt nicht die gesetzliche Kündigungsfrist (§ 457), sondern die Rückgabe kann selbst bei verabredeter Aufbewahrungszeit jederzeit gefordert werden (§ 624)[92]), und die Rückgabe muß an dem Orte, an welchem die Sache aufzubewahren war, erfolgen (§ 620), nicht nach den allgemeinen Vorschriften, also bei Geldzahlungen (§ 230 Abs. 2) am Wohnsitz des Gläubigers zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses. Hierdurch ist ein eigenthümliches zwitterhaftes Verhältniß geschaffen — ein Darlehn, welches doch in wesentlichen Punkten kein Darlehn ist. Warum gerade diese Auslegungsregel („im Zweifel") aufgenommen werden soll, will mir nicht einleuchten. Der Ausdruck „hinterlegen", „in Verwahrung geben", auf welchen die Motive (II S. 577) Werth legen, ist meines Erachtens nicht entscheidend. Im Bankverkehr, unter Kaufleuten überhaupt ist der gleichbedeutende Ausdruck „deponiren" gebräuchlich, wenn nichts anderes als ein Darlehn gemeint ist[93]). Die sogenannten Bankdepositen sind gewöhnliche Darlehne[94]). Nachdem die römischen Besonderheiten des depositum irregulare, namentlich die Unzulässigkeit der Kompensationseinrede (s. Mot. II S. 105, 113)[95]) aufgegeben sind, besteht meines Erachtens kein Interesse mehr, einen solchen Vertrag von dem Darlehn zu sondern[96]). Die wirthschaftliche Intention[97]) ist ein ebenso unsicheres Merkmal als die gebrauchten Ausdrücke. Es läßt sich sehr selten genau bestimmen, in wessen Interesse das Verhältniß eingegangen ist[98]). Bei den Bankdepositen liegt es im Interesse beider Theile. Hiernach dürfte es sich empfehlen, den Abs. 2 des § 618 überhaupt zu streichen und es den Kontrahenten zu überlassen, wenn sie von den Naturalien des Darlehns abweichen wollen, dies deutlich zu bestimmen[99]).

Nicht hierher gehört der im modernen Bankwesen äußerst wichtige Ge-

---

[92]) Wegen der vom Verwahrer geforderten Rücknahme s. § 625.

[93]) Vgl. Thöl, H.R. 6. Aufl. I § 296 S. 995, Endemann, H.R. S. 594 u. A.

[94]) So die Spareinlagen der Genossenschaftsbanken (Entsch. d. R.G. i. Civ.-S. Bd. 1 S. 204). Die Frage ist freilich streitig (s. G. Cohn a. a. O. S. 925 ff.).

[95]) Vgl. Windscheid, Pand. II § 379 Anm. 5.

[96]) Vgl. auch Sintenis, Prakt. gem. Civ.-R. II S. 568, Eccius a. a. O.

[97]) So Windscheid a. a. O., Dernburg a. a. O.

[98]) Hiernach will entscheiden G. Cohn a. a. O. S. 926, 927.

[99]) Andererseits genügt auch nicht, um Darlehn anzunehmen, daß das Geld oder die Werthpapiere offen hingegeben werden (vgl. Mot. II S. 578). Immer kommt es auf die besonderen Umstände bezw. Vereinbarungen an. Das sog. Depotfixen ist jedenfalls unerlaubt.

Digitized by Google

schäftszweig des Giroverkehrs[100]). Die Giro-Guthaben entstehen nicht bloß durch baare Einzahlungen, sondern durch Gutschriften der verschiedensten Art, und ebenso mannigfaltig ist die Art, wie darüber verfügt wird. Das Geschäft, aus Darlehn und mancherlei Leistungen gemischt, ist ein durchaus eigenthümliches des heutigen Bankverkehrs und unterliegt hauptsächlich den in den Geschäftsbedingungen der einzelnen Banken ausgedrückten Rechtsregeln, aus welchen sich mit der Zeit vielleicht gesetzliche Bestimmungen entwickeln werden. Einstweilen wird die Frage bis zur Revision des Handelsrechts ruhen können[101]).

Nicht der gleiche Grund läßt sich für die Vertagung einer gesetzlichen Regelung des Lagergeschäfts anführen, soweit es einer solchen bedarf. Denn der Lagervertrag ist zweifellos ein Hinterlegungsvertrag. Die hier einschlagenden Fragen hängen aber eng mit der Regelung der Lagerscheine und Warrants zusammen. Diese Werthpapiere haben in dem Waarenverkehr namentlich des Auslandes in neuerer Zeit eine solche Bedeutung gewonnen, daß auch der deutsche Handelsstand den baldigen Erlaß eines bezüglichen Spezialgesetzes fordert[102]). Hiernach dürfte sich das bürgerliche Gesetzbuch mit dieser Materie nicht zu beschäftigen haben, zumal es sich empfiehlt, das Lagergeschäft den Handelsgeschäften anzureihen.

Ob sich eine gesetzliche Regelung des schon oben erwähnten Kontokurrentvertrages empfiehlt, ist bekanntlich streitig[103]). Da Rechtsstreitigkeiten über die Wirkungen desselben nicht selten sind, so wird es gründlicher Erwägung bedürfen, ob nicht wenigstens die Aufnahme einer Legaldefinition nützlich sein würde. Das Geschäft gehört aber nicht hierher, sondern in den Rahmen des Handelsrechts. Die Gewonheiten des Handelsverkehrs spielen dabei die Hauptrolle. Dem Entwurfe dürfte daher aus der Uebergehung ein Vorwurf nicht zu machen sein.

---

[100]) Als depositum irregulare behandelt das Verhältniß wenigstens nach gemeinem Recht (unter Ausschluß der Kompensationseinrede) Entsch. d. R.G. i. Civ.-S. Bd. 12 S. 85 ff.

[101]) Näheres s. bei G. Cohn a. a. O. S. 1041 ff., besonders S. 1047 ff. und in der dort angegebenen Literatur.

[102]) Vgl. meine Abh. „Über Bedürfniß und Inhalt eines deutschen Warrant-Gesetzes" in Busch, Arch. f. H.R. Bd. 48 S. 1 ff.

[103]) Vgl. Levy-Rießer, Der Kontokurrentvertrag (1884), Gutachten v. Rießer f. d. 18. D. Juristentag (Verh. I S. 3 ff.) u. Verhandl. desselben II S. 144 ff., S. 371 ff.

Digitized by Google

§ 10. Einbringung von Geldern etc. bei Gastwirthen.

Daß die Haftung ex recepto ermäßigt werden muß, wenn es Gelder, Werthpapiere oder Kostbarkeiten sind, die bei einem Gastwirthe eingebracht werden, kann nicht zweifelhaft sein. Die bezügliche Vorschrift (§ 627) ist aber wohl nicht glücklich gefaßt. Werthpapiere, zu welchen jedoch Papiergeld und die wie Geld umlaufenden Banknoten nicht gehören (s. oben), werden niemals „zu den laufenden Bedürfnissen des Gastes dienen". Die Aufbewahrung von Geld, Werthpapieren und Kostbarkeiten durch den Wirth aber ist ziemlich unpraktisch; es fehlt dazu in der Regel an allen Anstalten. Es dürfte genügen, wenn der Gast genöthigt wird, dem Gastwirth, sofern er auf dessen Haftung rechnet, vor der Aufnahme von der Beschaffenheit des Guts besondere Anzeige zu machen (wie beim Frachtvertrage — H.G.B. Art. 395, 608). Der Wirth kann sich alsdann zur Aufbewahrung erbieten oder besondere Vorsichtsmaßregeln verabreden und, wenn der Gast hierauf einzugehen ablehnt, die Aufnahme versagen. Für das unentbehrliche Reisegeld und die zum gewöhnlichen Gebrauch des Gastes dienenden Kostbarkeiten wird er allerdings auch ohne diese Beschränkung zu haften haben, und ebenso tritt unbeschränkte Haftung ein, wenn der Schaden von ihm oder seinen Leuten verschuldet ist.

§ 11. Schuldversprechen. Anerkennung. Abrechnung.

Erfreulich ist es, daß der Entwurf unter der Rubrik „Schuldversprechen" die Anerkennung (cautio indiscreta und Anerkennung im engeren Sinne) als Verpflichtungsgrund anerkannt hat, welche nur nach den Grundsätzen der Kondiktionenlehre („wegen ungerechtfertigter Bereicherung") entkräftet werden kann (§§ 683, 684). Eine sachlich gerechtfertigte Beschränkung liegt nur darin, daß zur Verbindlichkeit die schriftliche Form erforderlich ist, für welche die allgemeinen Grundsätze gelten (§§ 92, 93), also auch die Briefform ausreicht. Die Motive aber lassen erkennen, wie zögernd man sich zur Aufnahme des vorliegenden, für den heutigen Verkehr unentbehrlichen [104]) Instituts entschlossen hat, indem sie eine Beschränkung festgehalten wissen wollen, welche innerlich nicht gerechtfertigt und praktisch nicht durchführbar ist, wie schon der hochverdiente Vater der Anerkennungs-

[104]) Im Handelsrecht ist diese Entwicklung längst vollzogen (s. Art. 301 H.G.B.) Wegen des preuß. Rechts s. meine Aufsätze in Gruchot, Beitr. X S. 484 ff. u. in Behrend, Zeitschr. f. Gesetzgebung ꝛc. III S. 284 ff.).

Digitized by Google

lehre[105]) mit Recht gerügt hat. Es soll nämlich nicht bloß der allerdings nicht hierher gehörige Fall, wenn die neue Urkunde den ganzen Inhalt des älteren Vertrages wiedergiebt, sondern auch der von dem Begriff der Anerkennung ausgeschlossen sein, wenn der spezielle Verpflichtungsgrund angegeben ist. Absichtlich übergehe der Entwurf — sagen die Mot. — einen solchen „Vertrag des angeführten materiellen Inhalts (diskreter Vertrag)", bei welchem es sich trotz der Bezeichnung als Schuldanerkennungsvertrag möglicherweise nur um die Schaffung eines Beweismittels oder einen „Beweisvertrag"[106]) handle. Im Sinne des Entwurfs liege ein Schuldanerkennungsvertrag in der Bedeutung und mit der Wirkung eines neuen selbständigen Verpflichtungsgrundes nur vor, wenn ein absolut oder relativ abstrakter (indiskreter) Vertrag abgeschlossen sei (Mot. II S. 688). Leider giebt die Fassung des Entwurfs zu einer solchen irreführenden Unterscheidung einen gewissen Anlaß, insofern es nach § 683 darauf ankommt, ob „ein besonderer Verpflichtungsgrund nicht angegeben oder nur im Allgemeinen bezeichnet" ist. Es kann aber auf die mehr oder weniger allgemeine Bezeichnung des Verpflichtungsgrundes nicht ankommen. Abgesehen von jenem Falle, wo lediglich ein älterer Verpflichtungsgrund vollständig reproduzirt ist, ist nur die Anerkennungsabsicht entscheidend. Diese liegt deutlich vor, wenn gar kein Verpflichtungsgrund oder ein falscher (vgl. § 454) angegeben ist; aber sie ist auch trotz weitgehender Spezialisirung, z. B. bei vorangegangener Abrechnung, nicht zu bezweifeln, wenn sich daran ein gehöriges Schuldversprechen knüpft[107]). Es dürfte sich daher zur Vermeidung endloser Streitigkeiten empfehlen, die Fassung des § 683 etwa dahin zu ändern:

> „Ein Schuldversprechen oder ein Schuldanerkenntniß ist nur dann gültig, wenn es schriftlich ertheilt ist.[108]) Der Angabe des Verpflichtungsgrundes bedarf es nicht."

§ 12. Schuldverschreibung auf Inhaber.

Während die Vertragstheorie auch für abstrakte Schuldversprechen in dem vorangehenden Titel deutlich ausgedrückt ist, kommt in der für

---

[105]) Bähr a. a. O. S. 85 ff.

[106]) Ein mehr als problematischer Begriff! (s. Bülow, Dispos. Civilprozeßrecht S. 65 ff., Wendt im Arch. f. d. civ. Praxis 63 S. 297 ff., Wach das. Bd. 64 S. 218 ff.).

[107]) Näheres s. in meinem Gutachten f. d. 8. D. Juristentag (1869) Verh. I S. 283 ff. u. neuerdings bei Regelsberger in Endemann's Handb. II. S. 488 ff.

[108]) Hierin liegt das Erforderniß der Annahme. Vgl. §§ 342, 343.

Digitized by Google

das (wohl besser im Zusammenhange zu regelnde) Inhaberpapier überhaupt typischen Lehre von der Schuldverschreibung auf Inhaber die entgegengesetzte Auffassung zu einer scharfen doktrinären Ausprägung. Allerdings wird diese Lehre von „der verpflichtenden Kraft des von dem Aussteller in der Urkunde niedergelegten und verbrieften einseitigen Versprechens", wie bereits oben (S. 6) erwähnt, von Manchen aus dem Wesen des Werthpapiers abgeleitet, jedoch mit Unrecht. Es wäre überdies bedenklich, sie nur für eine Art von Werthpapieren gesetzlich anzuerkennen, wenn nicht hier ganz besondere entscheidende Gründe dazu nöthigen. Indessen lassen sich nach meiner Ueberzeugung auch bei den Inhaber-Papieren die für die Sicherheit des Verkehrs unentbehrlichen Rechtssätze ohne jene Theorie erklären und gestalten.

Der Entwurf giebt zunächst (§ 685) eine Definition der Schuldverschreibung auf Inhaber. Gläubiger ist danach der jeweilige Inhaber (nicht, wie manche wollen, der Ueberbringer — Präsentant); der Inhalt der Schuld bestimmt sich nach Maßgabe des in der Urkunde enthaltenen Versprechens. Wenn es zu billigen ist, daß der Entwurf (Abs. 2) die Zulässigkeit der allgemein üblichen faksimilirten Unterschriften außer Zweifel stellt, so ist die Zulässigkeit von Vorbehalten der in Abs. 3 bezeichneten Art in der Urkunde selbst andererseits so unbedenklich, daß eine ausdrückliche Bestimmung darüber kaum nöthig erscheint. Hieran schließt sich nun die, den strengsten Forderungen der Kreationstheorie entsprechende Vorschrift, daß der Aussteller auch dann verpflichtet ist, wenn ihm die Schuldverschreibung gestohlen oder von ihm verloren oder in anderer Weise ohne seinen Willen in den Verkehr gelangt ist, z. B. erst nach seinem Tode oder eingetretener Geschäftsunfähigkeit (§ 686). Ausdrücklich wird weiter bestimmt, daß der Aussteller auch dem unredlichen Erwerber die Leistung nicht verweigern darf (§ 687.) Meines Erachtens liegt hierin eine starke Uebertreibung des dem Institut der Inhaberpapiere zu Grunde liegenden Gedankens. Es soll dadurch ein Vermögensrecht geschaffen werden, welches aus diesem Papier hervorgeht, mit ihm umläuft und nur mit ihm geltend gemacht werden kann. Jede Untersuchung der Legitimation des Veräußerers beim Erwerb, des Präsentanten bei der Zahlung soll erübrigt werden. Die freie Beweglichkeit des in dem Papier verkörperten Vermögenswerths ist die Hauptsache. Es kann also auch ein Nichteigenthümer das Eigenthum (Gläubigerrecht) übertragen; es kann ein Nichteigenthümer die Zahlung fordern. Aber diese starke Wirkung des Inhaber-Prinzips geht doch nicht weiter, als die Rücksicht auf Treue und Glauben fordert. Was zunächst das Verhältniß des ersten Erwerbers anlangt, so ist es unstreitig, daß der Aussteller dem gegenüber nicht haftet, welcher ihm das Papier gestohlen hat. Der Entwurf verhilft diesem

Digitized by Google

Gedanken nur indirekt zur Geltung, indem er Einreden aus dem zwischen Aussteller und Inhaber bestehenden persönlichen Verhältnisse wahrt (§ 689). Das Richtige ist meines Erachtens, daß der Aussteller dem Inhaber nicht haftet, wenn keine gehörige Begebung erfolgt ist, es sei denn, daß der Inhaber sich in gutem Glauben befindet. Der Aussteller will sich freilich an sich Jedem verbindlich machen, welcher ihm das Papier vorlegt, aber doch erst, wenn er es wirklich emittirt hat. Die Absicht einer weitergehenden Haftung ist willkürliche Fiktion.[109]) Auch nach dem Stadium der „Ausfertigung" können noch gute Gründe obwalten, das Papier zurückzuhalten. Die Sicherheit des Verkehrs fordert nichts weiter, als daß der Mangel dem gegenüber nicht geltend gemacht werden kann, welcher denselben (ohne grobe Verschuldung) nicht gekannt hat. Und das Gleiche gilt für spätere Erwerbungen. An sich ist jeder Inhaber forderungsberechtigt, aber nach der wahren Absicht der Ausstellung doch nur der redliche. Es besteht keine Nothwendigkeit, auch den Dieb, den Hehler rechtlich zu schützen.[110])

Nur so ist die auf alle Fälle erwünschte Harmonie mit den sachenrechtlichen Vorschriften[111]) herzustellen. Auch der Entwurf hat, und zwar in der Ausdehnung auf Geld, welche ihren guten Grund hat und wegen des schwankenden Umfangs des Gelbegriffs besonders praktisch ist, den Grundsatz des H.G.B. Art. 307 aufgenommen, wonach gegen den redlichen Erwerber selbst gestohlene oder verlorene Inhaberpapiere nicht vindizirt werden können (§ 879). Wer es gewußt hat, daß der Veräußerer nicht Eigenthümer war (z. B. das Papier dem Aussteller oder einem Zwischeninhaber gestohlen oder das von diesem verlorene gefunden hat), oder diesen Umstand nur aus grober Fahrlässigkeit nicht gekannt hat (§ 877), erlangt dagegen nicht das Eigenthum. Es gelten also für den Erwerb von Inhaber-

[109]) Die Praxis hat auch bisher keineswegs durchgreifend das Gegentheil angenommen. Bezüglich der in Mot. II S. 695 angeführten Entsch. d. R.O.H.G. hat bereits Goldschmidt in s. Zeitschr. Bd. 28 S. 100 ff. nachgewiesen, daß hier nur die bona fides geschützt wird. Die Entsch. d. R.G. in Civ.-S. Bd. 4 S. 177 betrifft eine ganz andere Frage (ob in blanco cedirte Hypothekenscheine als Inhaberpapiere zu betrachten). Für die Schadensersatzpflicht des § 701 Abs. 2 erkennen auch die Mot. II S. 720 das Erforderniß der Ausgabe, abweichend von § 686 an.

[110]) Vgl. auch Wechselord. Art. 74. Die Verkehrs-Rücksichten sind bei dem Inhaberpapier sehr ähnlich wie bei dem Wechsel.

[111]) Ueber dieses Bedürfniß s. Mandry a. a. O. S. 173, 174, Brunner a. a. O. S. 163 ff., 170, 172, 190, 191, 207, 211 Anm. 3a, 213. Eine Verpflichtung des Schuldners, die Einrede der Unredlichkeit aus der Person des Schuldners zu erheben, ist allerdings nicht haltbar. Vgl. auch Thöl a. a. O. S. 690 ff., Bindschedler a. a. O. S. 82 ff.

Digitized by Google

papieren (und Geld) im Allgemeinen die durch deren Verkehrsbestimmung noch erheblich erweiterten Grundsätze des Mobiliarsachenrechts. Die Analogie dieser auf das praktische Bedürfniß gegründeten Sätze paßt meines Erachtens auch für das obligatorische Verhältniß zwischen Aussteller und Inhaber. Hiernach dürften die §§ 686, 687, 689 entsprechend umzugestalten sein.

§ 688 ferner spricht zunächst den aus der Natur der Werthpapiere sich ergebenden Satz (schärfer als § 271, der vom einfachen Schuldschein handelt) aus, daß nur gegen Rückgabe (oder Kraftloserklärung — s. §§ 692, 695) der Schuldverschreibung zu leisten ist. Aber nur aus jener scharfen doktrinären Trennung von Gläubigerrecht und Eigenthum erklärt sich der zweite Satz, wonach der Aussteller berechtigt ist, die erfolgte Leistung und dadurch bewirkte Kraftlosigkeit auf der Urkunde zu vermerken oder diese zu vernichten. Eine solche Befugniß dürfte sich ganz von selbst verstehen. Als Instruktion aber hat die Vorschrift wohl keinen Werth. Glaubt man wirklich, daß dem Aussteller, welcher bezahlt hat, die Schuldverschreibung mit Erfolg wegen Unredlichkeit abgefordert und er dann zur nochmaligen Zahlung genöthigt werden könnte (s. Mot. II S. 698), so müßte die Unzulässigkeit direkt ausgesprochen werden. Die Bestimmung des Entwurfs würde in dieser Beziehung immer noch Zweifel übrig lassen. Es läßt sich nicht absehen, wie jene Gefahr durch einen einseitigen Vermerk des Ausstellers ausgeschlossen werden kann.

Die von den Zinsscheinen auf Inhaber (solche auf Namen können überhaupt bei Inhaber-Schuldverschreibungen nicht wohl vorkommen) — Rentenkupons kommen hier nicht in Frage —[112]) handelnde Vorschrift des § 690 sanktionirt einen für Ausloosungen, Konvertirungen ꝛc. sehr praktischen, schon heutzutage in Uebung befindlichen Grundsatz. Bei seiner positiven Natur aber dürfte noch ausdrücklich zu bestimmen sein, daß die nicht zurückgegebenen Zinsscheine mit dem Einlösungstermine der Hauptforderung fällig werden (als ein Theil der letzteren), was die Mot. (II S. 702) freilich für selbstverständlich halten.

§ 692 spricht die Zulässigkeit der Kraftloserklärung im Wege des Aufgebotsverfahrens für alle Schuldverschreibungen auf Inhaber aus. Ob die §§ 693 bis 699 auf andere Arten von Inhaber-Papieren (z. B. Aktien) auszudehnen, sollte nach einer Anmerkung erst bei Revision des Handelsgesetzbuchs bezw. bei der Berathung des Einführungsgesetzes geprüft werden. Ein genügender Grund zur Verzögerung dürfte nicht vorliegen. Die entsprechende Ausdehnung auf In-

[112]) Die Nichterwähnung des Rentenkupons rügt auf Grund einer mißverständlichen Deutung des Begriffs Jacoby in Hirth, Ann. (1888) S. 590 (in Verb. mit S. 586).

Digitized by Google

haber-Aktien enthält denn auch § 8 des Entw. eines Einführungsgesetzes; das Gleiche gilt aber, wenn nicht für alle Werthpapiere (s. oben S. 25), doch wenigstens für die Papiere des § 703 (s. unten S. 44, 45).

Ist § 692 nur dispositiv gemeint, darf also der Aussteller in der Urkunde erklären, daß er die Kraftloserklärung als einen Erlöschungsgrund seiner Verpflichtung nicht gelten lasse (s. Mot. II S. 706), so müßte dies meines Erachtens vom Gesetz ausgesprochen werden, da die Bestimmung ganz unbedingt lautet.

Ausgenommen von der Zulässigkeit des Aufgebots sind nach Satz 2 des § 692 außer Zinsscheinen, Rentenkupons, welche mit Recht besonders aufgeführt sind (als Raten einer Rentenschuld), und Gewinnantheilscheinen (Dividendenscheinen) — welche hauptsächlich bei den hier nicht behandelten Inhaber-Aktien vorkommen, „alle auf Sicht zahlbaren unverzinslichen Schuldverschreibungen", nach den Mot. (II S. 706) wegen „der geldähnlichen Natur und Funktion solcher Papiere". Diese Geldähnlichkeit ist nur für die in größeren Mengen ausgegebenen, wirklich wie Geld umlaufenden Papiere jener Art anzuerkennen. Für Banknoten und das sogenannte Korporationspapiergeld enthalten indessen bereits die §§ 4, 54 des Bankgesetzes Bestimmungen, welche die Zulässigkeit der Amortisation ausschließen. Ein Bedürfniß, diesen Kreis zu erweitern, dürfte nicht obwalten.

Die §§ 693 bis 696 ergänzen das materielle Aufgebotsrecht, soweit es nicht bereits in den das Verfahren regelnden (im Entwurf des Einf.-Gesetzes Art. 11 mehrfach ergänzten und abgeänderten) Vorschriften der Civilprozeßordnung, von deren Beurtheilung ich hier absehe, enthalten ist, im Ganzen in zweckmäßiger Weise. Ein bemerkenswerther Fortschritt ist die Aufnahme des Instituts der Zahlungssperre (§ 693), welche sich freilich mit den §§ 686, 687 (s. oben) schlecht verträgt. Diese umfaßt auch die Ausgabe neuer Zinsscheine ꝛc., welche nicht immer nur bei den Zahlstellen oder dem Aussteller, sondern zuweilen auch bei anderen Stellen erfolgt. An diese würde also die Benachrichtigung und das Verbot ebenfalls zu erlassen oder der Aussteller für die Mittheilung verantwortlich zu machen sein.

Die „neue Schuldverschreibung", welche nach § 695 auf Verlangen an Stelle der für kraftlos erklärten zu ertheilen ist, wird nicht nothwendig den gleichen Wortlaut, überhaupt die gleiche Form haben; wenn Schuldverschreibungen der alten Art nicht mehr verfügbar sind, die Verbriefung vielmehr abgeschlossen ist, so braucht nicht des einzelnen Falles wegen eine neue gedruckt zu werden, sondern es genügt vielmehr ein Anerkenntniß in der durch die Spezialgesetze[113]) vorge-

[113]) Vgl. z. B. Ges. v. 12. Mai 1873 § 6 (R.G.Bl. S. 91).

Digitized by Google

schriebenen Form, wie wohl kaum der besonderen Erwähnung bedarf (s. auch Mot. II S. 709).

Bedenklich sind die Bestimmungen des Entwurfs über den Schutz desjenigen, welchem ein Zinsschein, Rentenkupon oder Gewinnantheilschein abhanden gekommen oder vernichtet ist (gewissermaßen als Ersatz des fehlenden Aufgebots). Im Falle rechtzeitiger Anzeige wird ihm, wenn er den Verlust des Scheins beweist und dieser nicht im Laufe der Erlöschungs- oder Verjährungsfrist bereits eingelöst ist, ein mit Ablauf von 4 Jahren verjährender Ersatzanspruch gewährt (§ 697). Die bloße Anzeige und der Nachweis des „Verlustes", also auch des bloßen Abhandenkommens sind aber meines Erachtens allzu schwankende Grundlagen für einen klagbaren Rechtsanspruch. Alles was hier billigerweise zu gewähren ist, dürfte in der Befugniß der ausstellenden Behörde 2c. (nach Maßgabe der Emissionsgesetze, Statuten 2c.) liegen, bei Glaubhaftmachung der Vernichtung oder des Verlustes Ersatz zu gewähren[114]). Die Vorschrift des Entwurfs bedeutet praktisch nicht viel mehr, da das Erforderniß jenes Beweises, welcher selten zu führen sein wird, ohnehin dem Ermessen des Ausstellers einen weiten Spielraum eröffnet. Dem Verlierer wird vielleicht durch die bloße Befugniß, welche sich mit der Glaubhaftmachung, z. B. mittels Vorlegung des Stammpapiers, begnügen darf, mehr gedient als mit einer schärfere Erfordernisse aufstellenden Verpflichtung. Auf alle Fälle wird die Bestimmung nicht sehr praktisch werden, da die Emittenten Bedacht nehmen werden, sie nach § 697 Abs. 2 in den Papieren auszuschließen, was übrigens auch landesgesetzlich zugelassen werden soll (vgl. Entw. d. Einf.-Ges. Art. 60).

Gegen § 698, welcher für den praktischen Hauptfall das Wesen des Talons (Erneuerungsscheins) in der herkömmlichen Weise bestimmt[115]), aber eine anderweite Festsetzung freiläßt, ist nichts zu erinnern. Dasselbe gilt von dem die Ausstellung neuer Schuldverschreibungen an Stelle beschädigter oder verunstalteter betreffenden § 699.

Erfreulich ist es, daß der Entwurf sich gegen das preußische Institut der Außerkurssetzung entschieden hat (durch Nichtaufnahme, (s. Mot. II S. 716 ff.). Alle Versuche, dasselbe befriedigend zu ge-

---

[114]) Eine unbedingte, auch nicht nach Abs. 2. ausschließbare Ersatzpflicht wünscht Jacoby a. a. O. S. 609. Vgl. dagegen z. B. Reichsbankstatut vom 21. Mai 1875 § 9 (R.G.Bl. S. 203). Die Schlußnoten eignen sich nicht zur Glaubhaftmachung, da sie nicht über individuell bestimmte Papiere lauten (A. M. Jacoby a. a. O. S 604).

[115]) Vgl. besonders Brunner, a. a. O. S. 204 ff. Eine noch deutlichere prinzipielle Entscheidung fordert freilich Jacoby a. a. O. S. 605 ff.

Digitized by Google

stalten[116]), müssen fehlschlagen. Raubt man ihm die jetzige Leichtigkeit, so verliert das Mittel seine praktische Bedeutung, ohne daß doch die berechtigten Einwendungen entkräftet werden. Jede Form der Verbriefung — das Namenspapier, die Buchschuld und das Inhaberpapier — hat ja ihre eigenthümlichen Vorzüge und Nachtheile. Es verstößt nun schon gegen unleugbare juristische Grundsätze, ohne Mitwirkung des Schuldners ein Inhaberpapier an eine bestimmte Person zu binden. Nur unter Zustimmung des Ausstellers können (unter Abänderung der Emissionsbedingungen) Inhaberpapiere auf bestimmte Berechtigte umgeschrieben, also in Namenspapiere umgewandelt werden, wie der Entwurf § 700 außer Zweifel stellt (vgl. auch Entw. z. Einf.-Ges. Art. 57). Beschränkt man aber die Wirkung auf die dingliche Seite, also auf Herstellung der Vindikabilität gegen redliche Erwerber, so erhält die Maßregel der Außerkurssetzung einen halben und unlogischen Charakter, welcher sich durch die wunderlichsten Verwickelungen rächen muß. Das Schlimmste ist, daß dem Verkehr mit Inhaberpapieren durch das Institut der Außerkurssetzung Hindernisse bereitet werden, welche die Vortheile bei Weitem nicht aufwiegen. Die Erfahrung an den großen Börsenplätzen lehrt, daß die Streitigkeiten über die Lieferbarkeit von Inhaberpapieren wegen mangelhafter Wiederinkurssetzung überaus häufig sind. Kein einheitliches Recht über deren Erfordernisse ist im Stande, diesen Streitigkeiten ein Ende zu machen. Die Werthausgleichungen von Land zu Land vollziehen sich heutzutage in großem Umfange durch den Austausch von Inhaberpapieren. Daß dieser großartige internationale Verkehr sich mit Leichtigkeit bewege, ist von dem größten Werthe. Mit Recht strebt man deshalb nach einer gemeinsamen internationalen Regelung des Instituts der Inhaberpapiere. In einem solchen System hat das veraltete Institut der Außerkurssetzung keinen Platz. Es giebt heutzutage andere bewährte Sicherungsmittel. Gegen die Vernichtung schützt nur die Kraftloserklärung, gegen das Abhandenkommen außer dieser, abgesehen von der Umwandelung in eine Buchschuld und der Umschreibung auf Namen, die vom Publikum in immer steigendem Umfange benutzte Einrichtung der offenen Depots bei der Reichsbank[117]) und anderen Instituten. Ein solcher Rechtszustand dürfte

[116]) Solche deutet an Marsson in d. Vorwort zu s. Schrift: „Die Außerkurssetzung der Inhaberpapiere nach preuß. Recht", Berlin 1887. Für Beibehaltung der „Vinkulirung" auch Jacoby a. a. O. S. 607 ff.

[117]) Es ist ein Irrthum der Mot. II S. 716, daß die Annahme auch bei den Reichsbankhauptstellen und Reichsbankstellen stattfinde. Sie geschieht nur bei der Hauptbank. Die Einsendung kann jedoch durch die Post stattfinden. Der Nennwerth der offenen Depots bei der Reichsbank betrug im November 1888 ca. 1850 Millionen Mark.

Digitized by Google

allen berechtigten Ansprüchen genügen. Das bürgerliche Gesetzbuch wird sich aber nicht damit begnügen dürfen, die Außerkurssetzung nicht aufzunehmen, sondern sie ausdrücklich verbieten müssen, damit ihre fortdauernde Zulässigkeit nicht, wie bisher in gemeinrechtlichen Gebieten, aus allgemeinen Grundsätzen gefolgert werde und die alten Kontroversen sich verewigen oder gar die Landesgesetze die Wiedereinführung versuchen.[118]) Der Entw. z. Einf.-Gesetze Art. 105 Abs. 2 enthält denn auch erfreulicher Weise den Satz: „Die Außerkurssetzung findet nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht mehr statt".

Während die Schaffung von Inhaberpapieren der herrschenden Ansicht gemäß im Allgemeinen freigegeben ist, dürfen nach § 701 solche, in welchen die Zahlung einer bestimmten Geldsumme von dem Aussteller versprochen[119]) wird, nur mit Staatsgenehmigung ausgestellt und in Verkehr gebracht werden, und zwar bei Strafe der Nichtigkeit und Schadensersatzpflicht (§ 701). Da, abgesehen von Prämienpapieren, für Banknoten und Papiergeld von Staaten und Korporationen bereits anderweit reichsgesetzlich Vorsorge getroffen ist,[120]) so handelt es sich hauptsächlich um Schuldverschreibungen von kommunalen Körperschaften (vgl. § 1664 Nr. 4), von Kreditanstalten, z. B. Pfandbriefe der Landschaften und der Hypothekenbanken,[121]) von industriellen Gesellschaften, auch von Privatpersonen. Häufig wird die staatliche Aufsicht über dergleichen Institute genügen, um eintretenden Unzuträglichkeiten vorzubeugen. Es ist jedoch anzuerkennen, daß das gesetzliche Erforderniß einer höheren administrativen Genehmigung den Gefahren, welche mit der Emission derartiger Werthpapiere verbunden sind, am besten entgegenzuwirken geeignet ist.

Nur wird sich eine nähere Bestimmung darüber, von welchem Staate die Genehmigung zu ertheilen ist, schwerlich entbehren lassen. Die Mot. (II S. 719) bemerken, eine solche Bestimmung, insbesondere dahin, daß die Genehmigung von dem Staate zu ertheilen sei, in

---

[118]) Eine solche gemäß einer in das Einf.-Ges. aufzunehmenden Klausel, welche noch die Mot. IV S. 1133 in Aussicht nehmen, wäre die allerschlimmste Lösung.

[119]) Nach dieser Begriffsbestimmung werden Checks oder andere Geldanweisungen auf Inhaber nicht betroffen.

[120]) Vgl. Ges. v. 27. März 1880 (B.G.Bl. S. 51) v. 16. Juni 1870 (B.G.Bl. S. 507), 8. Juni 1871 (R.G.Bl. S. 210), u. v. 30. April 1874 (R.G.Bl. S. 40), Bankges. v. 14. März 1875 (R.G.Bl. S. 177).

[121]) Die pfandrechtliche Seite solcher Papiere (vgl. meine Abh. in Behrend, Zeitschr. f. Gesetzgeb. ꝛc. VIII S. 327 ff.) harrt nach einem mißlungenen Versuch leider noch immer der reichsgesetzlichen Regelung. Auch im Entwurf ist dieselbe nicht versucht worden.

Digitized by Google

welchem der Aussteller seinen Wohnsitz oder Sitz habe, sei gefährlich, weil dann von dem Präjudiz der Nichtigkeit auch diejenigen Papiere getroffen würden, deren Ausgabe von einem anderen als dem zuständigen Staat genehmigt sei, woraus eine bedenkliche Unsicherheit im Verkehr und eine Menge von Streitigkeiten entstehen könnten, während der Zweck der Vorschrift durch eine vorübergehende Domizilverlegung doch leicht zu vereiteln wäre. Allein es scheint mir recht zweifelhaft, ob die Unsicherheit nicht noch größer ist, wenn die Vorschrift so bleibt, wie sie jetzt lautet. Es liegt sehr nahe, unter Staatsgenehmigung nur die des zuständigen Staats zu verstehen und die Frage der Zuständigkeit nach allgemeinen Grundsätzen zu beantworten. Hiernach sprechen aber vielleicht mehr Gründe für die Regelung nach dem Emissionsort als nach dem Domizil, während der Umlaufskreis mehr oder weniger zufällig sein wird. Auch entspricht es wohl nicht dem Zweck der Vorschrift, wenn für massenhaft in Berlin emittirte und etwa zum Umlauf in ganz Deutschland bestimmte Papiere eine von dem kleinsten Kleinstaat ertheilte Genehmigung genügen soll. Andererseits ist nicht zu verkennen, daß jede Zuständigkeitsvorschrift leicht umgangen werden kann. Das Zweckentsprechendste dürfte daher sein, wenn die Genehmigung einer Reichsinstanz, etwa dem Bundesrath anvertraut wird, welcher zu den erforderlichen lokalen Ermittelungen sich der bundesstaatlichen Centralbehörden immerhin bedienen könnte. Besorgt man, daß der Bundesrath dadurch zu sehr belästigt werden würde, so dürfte eine gewisse Sichtung durch das Erforderniß eines Antrags seitens der staatlichen Centralbehörde des Emissionsortes zu erreichen sein.

Die §§ 702, 703 legitimiren gewisse Urkunden, welche im Verkehr große Bedeutung erlangt haben.

Mit Recht erkennt § 702 nur die Möglichkeit an, daß Billete, Karten, Marken und ähnliche Urkunden als wirkliche Inhaberpapiere gemeint sind — nämlich wenn der betreffende Wille des Ausstellers aus den Umständen, nicht nothwendig aus dem Papier selbst erhellt. Noch mehr aber als bei anderen Schuldverschreibungen auf Inhaber bedarf es hier einer Aenderung der §§ 687—689, da das Gesetz sonst dem größten Mißbrauch Vorschub leisten würde. § 686 ist bereits sehr bezeichnender Weise ohne nähere Motivirung für unanwendbar erklärt.

Die „qualifizirten Legitimationspapiere" des § 703 spielen bereits im Bankverkehr eine erhebliche Rolle. Die betreffende Klausel ist allgemein üblich bei Interimsscheinen von mancherlei Art, bei Pfandscheinen, Depotscheinen, Sparkassenbüchern u. s. w., dient sehr wesentlich zur beiderseitigen Bequemlichkeit, ohne doch die Sicherheit des Publikums allgemein zu gefährden, auch bei den Checks auf die Reichsbank, welche aber keine „Schuldverschreibungen" sind (es wird darin keine „Leistung

Digitized by Google

versprochen"). Sie bringt es aber mit sich, daß die Leistung ohne die Rückgabe des Papiers nicht erfolgt. Sofern also die Amortisationsfähigkeit nicht auf alle Werthpapiere ausgedehnt wird, dürfte sie wenigstens hier durch Erweiterung der §§ 688, 692—696 auf alle Papiere der vorliegenden Art auszusprechen sein, damit die Befugniß des Ausstellers, die Amortisation zu verlangen, gewahrt wird (vgl. oben § 5). Einen Schrit in dieser Richtung enthält bereits Art. 61 d. Entw. d. Einführungsgesetzes. Uebrigens ist ein Unterschied zwischen Urkunden, in welcher „der Gläubiger genannt" und solchen, in welchen „auf eine bestimmte Person als Gläubiger hingewiesen" ist, nicht erfindlich.

§ 13. Sachenrecht. Verbrauchbare Sachen. Nießbrauch. Pfandrecht.

Wir verlassen hiermit das Recht der Schuldverhältnisse und kommen zum Sachenrecht, für welches jedoch nur wenige Bemerkungen übrig bleiben.

Daß zu den verbrauchbaren Sachen[122]), d. h. denjenigen beweglichen Sachen, welche durch Verbrauch oder Veräußerung genutzt zu werden pflegen (§ 780 Abs. 1), auch Geld einschließlich solcher Sachen zu rechnen ist, „welche zwar nicht zu den gesetzlichen Zahlungsmitteln gehören, aber doch thatsächlich die Funktion des Geldes zu versehen pflegen, wie Banknoten", erkennen die Mot. (III S. 35) an. Ein Ausspruch des Gesetzes, welcher außer Zweifel stellt, daß insbesondere Geld unter § 780 Abs. 1 fällt, und daß der Verbrauch hier auch in der Vermischung mit anderem Gelde bestehen kann, dürfte nicht ohne Werth sein, z. B. bei Anwendung des oben (S. 32, 33) erörterten § 618 Abs. 1, beim Nießbrauch (§§ 1018—1020) u. s. w. Denn es fehlt in dieser prinzipiell wichtigen Frage nicht an Zweifeln.[123])

Ueber § 879, welcher eine erweiterte Anwendung des Grundsatzes „Hand wahre Hand" auf Geld und Inhaberpapiere enthält, habe ich mich bereits oben (S. 38) geäußert. Derselbe entspricht dem geltenden Handelsrecht und den Bedürfnissen des Verkehrs.

---

[122]) Auch zu den vertretbaren Sachen (§ 779 in Verb. mit § 631 Abs. 2; „Geld oder andere vertretbare Sachen").

[123]) Wird das Geld mit einer abgegrenzten Menge von Geld einer anderen Person vermischt, so findet sich die entscheidende Norm in § 892, wonach die bisherigen Eigenthümer Miteigenthümer werden nach Verhältniß des Werths zur Zeit der Verbindung (vgl. Mot. III S. 360, 833, 834). Aber für die anderen zahlreichen Fälle fehlt es an einer Entscheidung. Vgl. auch Windscheid, Pand. I § 140 Anm. 3, § 186 Anm. 16, Unger, österr. Privatr. I § 49 S. 403.

Digitized by Google

Nicht ohne Bedeutung für den Bankverkehr sind die §§ 924 ff., welche von den in den Geschäftsräumen etc. einer öffentlichen Behörde oder einer öffentlichen Verkehrsanstalt gefundenen Sachen handeln. Es kommt z. B. in der Reichsbank nicht selten vor, daß dort Geldstücke und selbst Werthpapiere gefunden werden, ohne daß der Verlierer sich meldet. Die in dem Entwurfe aufgenommenen besonderen Bestimmungen sind meines Erachtens zweckentsprechend. Aber es empfiehlt sich vielleicht, wenigstens die Befugniß der Behörde 2c. anzuerkennen, dem „Finder" einen Fundlohn (§ 914 Abs. 2) zuzusprechen und bei Abführung an den Fiskus 2c. (§ 926) in Abzug zu bringen.

Der Nießbrauch an Geld fällt unter den an verbrauchbaren Sachen (§§ 1018—1020). Dagegen hat der Entwurf besondere Vorschriften über den Nießbrauch an Schuldverschreibungen auf Inhaber und Aktien auf Inhaber[124]) aufgenommen (§§ 1036, 1037), von welchen jedoch § 1036 auf die elterliche Nutznießung keine Anwendung findet (§ 1526). Dieselben entsprechen im Allgemeinen denjenigen Bestimmungen, welche schon jetzt bei der Reichsbank für gewisse „gesperrte" Depots gelten, und von welchen im Publikum (bei Testamenten, Verträgen 2c.) umfassender Gebrauch gemacht wird. Es heißt in Nr. 14 der betreffenden „Bedingungen":

> „Soll eine dritte Person vertragsmäßig oder auf Grund einer letztwilligen Verfügung lebenslänglich die Zinsen oder Dividenden der deponirten Papiere beziehen, so ist eine entsprechende Erklärung nach bestimmtem Schema dem Komtor bei der Deposition zu behändigen und die Deklaration[125]) mit dem Zusatze zu versehen „Gesperrt nach Nr. 14 der Bedingungen". Der Depotschein wird in diesem Falle mit dem gleichen Vermerke bedruckt, und die Zahlung der Zinsen und Dividenden sowie die Rückgabe des Depots erfolgen an den Deponenten oder dessen Rechtsnachfolger ohne Zustimmung jener dritten Person nur bei Vorlegung einer standesamtlichen Bescheinigung über deren Tod."

Danach ist es nicht richtig, wenn die Mot. (III S. 557) bei der Untersuchung, wer sich zum „Treuhänder" eigne, bemerken: „Ob die Reichsbank zur Uebernahme einer solchen Funktion bereit sein wird, steht nicht fest." Sie ist dazu thatsächlich längst bereit. Den Worten „bei einer öffentlichen Hinterlegungsstelle" in § 1036 Abs. 2 wird daher hinzuzufügen sein: „oder der Reichsbank". Die Einziehung und

---

[124]) Aehnlich § 1547 Abs. 1, §§ 1670, 1822. Warum nicht „Inhaberpapier", wie in § 1226 und an anderen Orten?

[125]) Dies ist der Depositionsantrag.

Digitized by Google

Anlegung fälliger Kapitalsbeträge wird bei letzterer auch jetzt schon als eine nur gemeinschaftlich (unter Mitwirkung des Deponenten und des Nießbrauchers) ausführbare Verfügung behandelt. Der Nießbraucher kann danach verlangen, daß der Deponent behufs Einziehung des ausgelooften Werthpapiers den quittirten Depotschein einreiche und sich alsdann mit ihm über die Wiederanlegung verständige. Daß die Belegung nach den Vorschriften über die von Mündelgeldern erfolge (§ 1034), wenn sich beide Theile nicht einigen, und daß eventuell der Nießbraucher die Art der Papiere zu bestimmen hat (ebenda Abs. 2), scheint mir ganz sachgemäß[126]). Aber es wird noch eine Vorschrift nöthig sein, ‚wonach nicht bloß im Falle der Ausloosung oder Kündigung, sondern wenn die Umstände es sonst nöthig machen, eine Verfügung über das Depot ermöglicht wird. Die Existenz eines Kurses worauf die Mot. (III S. 557, 558) verweisen, trifft nicht immer zu und schützt nicht gegen eine drohende völlige Entwerthung. Es kann unter Umständen wirthschaftlich durchaus geboten sein, einer solchen Entwerthung durch Verkauf bezw. durch Einwilligung in die Zusammenlegung von Aktien oder in irgend ein die Herausnahme des deponirten Papiers voraussetzendes Arrangement vorzubeugen. Ein solcher Verwaltungsakt darf nicht durch Eigensinn eines der beiden Interessenten verhindert werden können. Es dürfte sich daher eine Vorschrift ähnlich wie bei der Gemeinschaft (§ 772) empfehlen, wonach sowohl der Eigenthümer wie der Nießbraucher verpflichtet sind, in eine im beiderseitigen Interesse in Folge besonderer, nicht bloß durch die Kursbewegung herbeigeführter Umstände gebotene Verfügung zu willigen[127]).

Dieselben Gründe übrigens, welche eine solche besondere Behandlung des Nießbrauchs an *Inhaberpapieren* rechtfertigen, dürften auf alle Zinsen, Dividenden oder Renten tragenden, mit Kupons versehenen *Werthpapiere*[128]) zutreffen, wie dies auch den Einrichtungen der Reichsbank entspricht. § 1036 dürfte demgemäß zu erweitern sein.

Ob § 1037 erforderlich ist, scheint mir zweifelhaft. § 1023 wird in dieser Anwendung durch § 1036 von selbst modifizirt. Eventuell würde auch hier die Reichsbank zu erwähnen sein.

In der *Pfandrechtslehre* ist der Bankverkehr an verschiedenen Punkten betheiligt. Die „Lombardirung" von Edelmetallen, Münzen,

---

[126]) Aehnlich bei der Einziehung verpfändeter Geldforderungen (§ 1221).

[127]) Das sächs. B.G.B. § 628 sagt nur, daß der Nießbrauch an Werthpapieren nicht zu deren Verkauf berechtigt. Dasselbe hat aber überhaupt hier einen anderen Standpunkt.

[128]) Für Grundschuldbriefe sind Zinsquittungsscheine nicht aufgenommen. (Mot. III S. 784.)

Digitized by Google

banken sind) giebt es nur wenige, z. B. in Preußen (Seehandlung), Bayern (Königliche Bank in Nürnberg). Trotzdem besteht wohl kein Bedürfniß, andere inländische Banken durch Landesgesetz für pupillarmäßig erklären zu lassen. Die fragliche Vorschrift dürfte ziemlich unpraktisch bleiben und ist nicht ganz unbedenklich.

Daß der Vormund zur Veräußerung und Verpfändung von Werthpapieren der Genehmigung des Gegenvormundes bedarf (§§ 1669, 1682) ist sachlich gewiß gerechtfertigt. Eigenthümlich ist nur die Ausdrucksweise zu Anfang des § 1669 („ein Anspruch mit Einschluß von Hypotheken, Grundschulden und Werthpapieren"), abgesehen von der Ausdehnung jenes Erfordernisses auf alle „Ansprüche".

Die Bestimmungen des Entwurfs über die Niederlegung von Werthpapieren des Mündels bei öffentlich autorisirten Stellen (§§ 1670—1672), welche zum größten Theil unter Umständen auch auf den Inhaber der elterlichen Gewalt Anwendung finden können (§ 1547), verdienen in der Hauptsache volle Billigung. Schon jetzt hat jene Niederlegung bei der Reichsbank einen großen Umfang erlangt und dient wesentlich zur Sicherung der Mündel. Die Bestimmungen der Reichsbank in Nr. 12 ihrer Depositionsbedingungen:

> „Wenn der Deponent Papiere nicht für sich, sondern als Vormund oder Pfleger niederlegt und dies in der Deklaration erklärt hat, so zahlt die Bank an ihn zwar die eingehenden Zinsen und Dividenden ohne Legitimationsprüfung. Will er dagegen die Papiere selbst oder die dafür nach 1 b. (für gekündigte oder ausgelooste Papiere) eingehenden Beträge erheben, so muß er seine Bestallung vorlegen und sich, falls er dem Komtoir nicht bekannt ist, durch eine demselben bekannte, zuverlässige Person recognosciren lassen. Ist dies nicht möglich und besteht er dennoch auf der Ausantwortung, so erfolgt diese durch Versendung an ihn mit der Post (Nr. 11). — Ist die Niederlegung nach dem darüber in den Depotschein aufgenommenen Vermerke auf Anordnung des Vormundschaftsgerichts erfolgt, so ist zur Ausantwortung auch noch die seitens des Gerichts auf dem Depotscheine erklärte Genehmigung der Aushändigung an den namentlich zu bezeichnenden Empfänger erforderlich. — Zur Prüfung der Echtheit und Gültigkeit der Quittung, der Bestallung oder der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ist die Reichsbank nicht verpflichtet. Die Aufhebung der Vormundschaft oder Pflegschaft bezüglich einzelner von mehreren Miteigenthümern eines Depots hat auf

Digitized by Google

> das vorliegende Verhältniß keinen Einfluß. Ein Kontrole der Aufhebung findet nicht statt,"

ergänzen eine Lücke der preußischen Vormundschaftsordnung, indem sie die „auf Anordnung des Vormundschaftsgerichts" erfolgende Deposition zu einer Verfügungsbeschränkung erweitern[145]). Diese Wirkung soll nun künftig jede nach § 1670 erfolgte Hinterlegung haben, welche dem Vormunde für alle Schuldverschreibungen auf Inhaber und Inhaber-Aktien gesetzlich zur Pflicht gemacht ist, für andere Werthpapiere vom Vormundschaftsgericht angeordnet werden darf (§§ 1670, 1671 Abs. 1)[146]). Ob diese Duplizität zweckmäßig und jene Instruktion („soll") die Mündel besser sichert, als das allgemeine Erforderniß vormundschaftsgerichtlicher Anordnung[147]), ist wohl nicht unzweifelhaft. Jedenfalls dürften die durch Indossament übertragbaren Namenspapiere, welche sich durch Blanco-Giro in inhaberähnliche verwandeln lassen, den Inhaberpapieren gleichzustellen sein. Die dabei obwaltende Gefahr wird durch § 1669 keineswegs beseitigt, wie die Motive (IV S. 1131) annehmen. Die Ausnahme der Zinsscheine ꝛc. dürfte so zu fassen sein, daß dem Vormunde die gleichzeitige Hinterlegung derselben ohne Verfügungsbeschränkung (§ 1672) empfohlen wird. Wie die Vorschrift des § 1670 Abs. 1 jetzt lautet, könnte man annehmen, daß dem Vormund die Nichthinterlegung der Zinsscheine ꝛc. auferlegt oder doch empfohlen werden soll, was z. B. bei den Reichsbankdepots ganz unpraktisch ist.

Bei den der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts unterliegenden Geschäften scheint mir kein genügendes Bedürfniß vorzuliegen, der Eingehung von Wechselverbindlichkeiten die aus indossablen Papieren und die Ausstellung von Inhaberschuldverschreibungen anzureihen (§ 1674 Nr. 9; s. auch § 1511 Nr. 5). Ein Theil der in Betracht kommenden Geschäfte wird überdies durch das gleiche Erforderniß „zur Aufnahme von Geld auf den Kredit des Mündels (Kindes)" gedeckt sein (ebend. Nr. 10 bezw. 6).

---

[145]) Näheres s. in meiner Abh. in Rassow-Küntzel, Beitr. XXII S. 655 ff.

[146]) An diese Bestimmungen erinnert der vom Vorerben handelnde § 1822. Indessen ist die Reichsbank darin nicht genannt, obwohl deren Einrichtungen sich leicht anpassen lassen würden (s. die oben S. 46 erwähnte Nr. 14 d. Depot-Bedingungen). Auf Papiergeld, Banknoten und andere zu den verbrauchbaren Sachen (§ 780) gehörende Papiere bezieht sich die fragliche Verpflichtung des Vorerben nicht (s. § 1822 Abs. 3, Mot. V. S. 100).

[147]) Im Falle des § 1547 bedarf es stets solcher Anordnung.

Digitized by Google

gegangen und der Grundsatz verletzt wird, daß Niemand den Pfandgläubiger zur Befriedigung aus dem Pfande zwingen kann. Bei „nicht obligationsmäßigem Gelde" geben die Mot. (S. 822) zu, daß der Eigenthümer den Gläubiger nicht zur Selbstbefriedigung zwingen könne. Warum aber nur bei diesem? Die Befriedigung aus dem Pfanderlöse (§ 1183) liegt rechtlich anders. Dasselbe gilt von dem Falle des § 1219 Abs. 3.

Zu billigen ist die Vorschrift in § 1225, wonach zur Begründung des Pfandrechts an Wechseln oder anderen indossablen Papieren außer dem Pfandvertrage die Uebergabe des indossirten Papiers an den Pfandgläubiger erforderlich ist. Indessen dürfte eine Bestimmung nicht überflüssig sein, nach welchen Vorschriften die Realisirung des Pfandrechts erfolgt. Am nächsten liegt die Anwendung der entsprechenden Vorschriften von der Zwangsvollstreckung (s. § 1218 Abs. 1 Satz 3)[137]. Auch das Verkaufsrecht, welches § 1218 ausschließt, verstößt jedoch nicht gegen die Natur dieser Papiere. Im Uebrigen dürften sich die Bestimmungen der §§ 1218—1221, welche dem Gläubiger das Recht der eigenen Einziehung gewähren, ebenfalls zur Anwendung auf die in Rede stehenden Forderungspapiere eignen.[138])

Auf Inhaber-Papiere finden dagegen nach der Schlußbestimmung (§ 1226) die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen Anwendung. Dieselbe Abneigung wie beim Nießbrauch (§ 1037) zeigt sich hier gegen den Begriff „Werthpapiere", welchem die Mot. hier, wie schon oben bemerkt, eine viel zu vage Bedeutnng beilegen (s. oben S. 4). Aus denselben Gründen, aus welchen die Civilprozeßordnung[139]) die Vorschriften von der Pfändung auf alle Werthpapiere — mit Ausnahme der speziell geregelten Forderungspapiere — anwendet, dürfte sich auch das Gleiche für das bürgerliche Recht empfehlen[140]). Gegen die Bestimmung, daß der Pfandgläubiger selbst zum Börsenpreise oder Marktpreise verkaufen darf, ist zwar an sich nichts zu erinnern, indessen wird das Prinzip einer Verallgemeinerung auf andere marktgängige Waaren bedürfen[141]). Hinsichtlich der Zins- und Gewinnantheilscheine äußern sich nur die Motive (III S. 869) dahin, daß das Recht zu deren Erhebung sich als eine besondere Art des

---

[137]) C.P.O. §§ 732, 736 ff., 745, 746.

[138]) Die Pfandscheinbedingungen (§ 17) der Reichsbank, gewähren beides.

[139]) C.P.O. §§ 722—724.

[140]) Die Mot. III S. 864, 865 wollen hier sogar die in § 702 als Inhaberpapiere betrachteten Billete, Marken ꝛc. ausschließen und lediglich als Forderungspapiere nach Maßgabe besonderer Vereinbarungen behandeln.

[141]) Vgl. H.G.B. Art. 311.

Digitized by Google

Einziehungsrechts beurtheilen lasse (§ 1226 Abs. 3). Es wird indessen nützlich sein, nicht nur dies ausdrücklich zu bestimmen, sondern auch, daß der Verpfänder bei Verfall solcher Scheine jedes Mal die Herausgabe derselben fordern dürfe, sofern nichts anderes verabredet ist (vgl. § 1214 Abs. 1) [142]).

§. 14. Familienrecht, Vermögensverwaltung des Vormundes bezw. Inhabers der elterlichen Gewalt.

Von den Vorschriften der ferneren Abschnitte kommen für den vorliegenden Zweck nur einige wenige Bestimmungen in Betracht.

Die dem Vormunde (und Pfleger — § 1743) obliegende Vermögensverwaltung ist im Allgemeinen in praktischer Weise geregelt. Unter den Bestimmungen über Anlage von Geldern ist mir nur bedenklich, daß die Belegung „bei einer inländischen öffentlichen und obrigkeitlich bestätigten Sparkasse" ganz auf dieselbe Linie mit den sonstigen gesetzlich zugelassenen Anlagen gestellt worden ist (§ 1664 Nr. 5). Nicht wegen der gewöhnlich geringeren Zinsen (Mot. IV, S. 1114), was heutzutage nicht einmal mehr durchgehend zutrifft, sondern wegen der Bestimmung der Sparkassen [143]) scheint es mir richtiger, nur eine vorübergehende Belegung bei denselben [144]) zu gestatten, und zwar nur insofern, als nach den obwaltenden Umständen eine anderweite Anlage nicht ausführbar bezw. nicht zweckmäßig ist. Die Bequemlichkeit (welche auch die Motive hervorheben) wird sonst manchen Vormund verleiten, die Sparkasse einer anderen besseren Anlage vorzuziehen. Trotz der obrigkeitlichen Bestätigung ist auch die Sicherheit der Sparkassen nicht über jeden Zweifel erhaben. Erfahrungsmäßig verwalten einzelne Sparkassen ziemlich leichtsinnig und legen die Spargelder z. B. in unsicheren Hypotheken und in Schuldscheinen fest, ganz abgesehen von der Gefahr der Veruntreuung. Immer ist die Belegung in Sparkassen keine ganz regelmäßige Form der dauernden Kapitalanlage, welche das Gesetz allgemein zu empfehlen Veranlassung hat. Wenn es hiernach vorzuziehen sein dürfte, die Sparkassen unter § 1665 einzureihen, so ist zu bemerken, daß die hier in erster Linie aufgeführte Reichsbank seit einer Reihe von Jahren, wie alle anderen großen Landes-Notenbanken, verzinsliche Einlagen nicht mehr annimmt. Inländische Staatsbanken (welche übrigens nicht Noten-

[142]) Dies ist die Praxis der Reichsbank. Die laufenden Kupons müssen bei dem Papier bleiben, damit dieses verkäuflich ist.

[143]) S. meinen Art. „Sparkassen" im Rechtslexikon III S. 712.

[144]) So Preuß. Vormundschaftsordn. § 39 Abs. 2.

Digitized by Google

banken sind) giebt es nur wenige, z. B. in Preußen (Seehandlung), Bayern (Königliche Bank in Nürnberg). Trotzdem besteht wohl kein Bedürfniß, andere inländische Banken durch Landesgesetz für pupillarmäßig erklären zu lassen. Die fragliche Vorschrift dürfte ziemlich unpraktisch bleiben und ist nicht ganz unbedenklich.

Daß der Vormund zur Veräußerung und Verpfändung von Werthpapieren der Genehmigung des Gegenvormundes bedarf (§§ 1669, 1682) ist sachlich gewiß gerechtfertigt. Eigenthümlich ist nur die Ausdrucksweise zu Anfang des § 1669 („ein Anspruch mit Einschluß von Hypotheken, Grundschulden und Werthpapieren"), abgesehen von der Ausdehnung jenes Erfordernisses auf alle „Ansprüche".

Die Bestimmungen des Entwurfs über die Niederlegung von Werthpapieren des Mündels bei öffentlich autorisirten Stellen (§§ 1670—1672), welche zum größten Theil unter Umständen auch auf den Inhaber der elterlichen Gewalt Anwendung finden können (§ 1547), verdienen in der Hauptsache volle Billigung. Schon jetzt hat jene Niederlegung bei der Reichsbank einen großen Umfang erlangt und dient wesentlich zur Sicherung der Mündel. Die Bestimmungen der Reichsbank in Nr. 12 ihrer Depositionsbedingungen:

> „Wenn der Deponent Papiere nicht für sich, sondern als Vormund oder Pfleger niederlegt und dies in der Deklaration erklärt hat, so zahlt die Bank an ihn zwar die eingehenden Zinsen und Dividenden ohne Legitimationsprüfung. Will er dagegen die Papiere selbst oder die dafür nach 1 b. (für gekündigte oder ausgelooste Papiere) eingehenden Beträge erheben, so muß er seine Bestallung vorlegen und sich, falls er dem Komtoir nicht bekannt ist, durch eine demselben bekannte, zuverlässige Person recognosciren lassen. Ist dies nicht möglich und besteht er dennoch auf der Ausantwortung, so erfolgt diese durch Versendung an ihn mit der Post (Nr. 11). — Ist die Niederlegung nach dem darüber in den Depotschein aufgenommenen Vermerke auf Anordnung des Vormundschaftsgerichts erfolgt, so ist zur Ausantwortung auch noch die seitens des Gerichts auf dem Depotscheine erklärte Genehmigung der Aushändigung an den namentlich zu bezeichnenden Empfänger erforderlich. — Zur Prüfung der Echtheit und Gültigkeit der Quittung, der Bestallung oder der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ist die Reichsbank nicht verpflichtet. Die Aufhebung der Vormundschaft oder Pflegschaft bezüglich einzelner von mehreren Miteigenthümern eines Depots hat auf

Digitized by Google

das vorliegende Verhältniß keinen Einfluß. Ein Kontrole der Aufhebung findet nicht statt,"

ergänzen eine Lücke der preußischen Vormundschaftsordnung, indem sie die „auf Anordnung des Vormundschaftsgerichts" erfolgende Deposition zu einer Verfügungsbeschränkung erweitern[145]). Diese Wirkung soll nun künftig jede nach § 1670 erfolgte Hinterlegung haben, welche dem Vormunde für alle Schuldverschreibungen auf Inhaber und Inhaber-Aktien gesetzlich zur Pflicht gemacht ist, für andere Werthpapiere vom Vormundschaftsgericht angeordnet werden darf (§§ 1670, 1671 Abs. 1)[146]). Ob diese Duplizität zweckmäßig und jene Instruktion („soll") die Mündel besser sichert, als das allgemeine Erforderniß vormundschaftsgerichtlicher Anordnung[147]), ist wohl nicht unzweifelhaft. Jedenfalls dürften die durch Indossament übertragbaren Namenspapiere, welche sich durch Blanco-Giro in inhaberähnliche verwandeln lassen, den Inhaberpapieren gleichzustellen sein. Die dabei obwaltende Gefahr wird durch § 1669 keineswegs beseitigt, wie die Motive (IV S. 1131) annehmen. Die Annahme der Zinsscheine ꝛc. dürfte so zu fassen sein, daß dem Vormunde die gleichzeitige Hinterlegung derselben ohne Verfügungsbeschränkung (§ 1672) empfohlen wird. Wie die Vorschrift des § 1670 Abs. 1 jetzt lautet, könnte man annehmen, daß dem Vormund die Nichthinterlegung der Zinsscheine ꝛc. auferlegt oder doch empfohlen werden soll, was z. B. bei den Reichsbankdepots ganz unpraktisch ist.

Bei den der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts unterliegenden Geschäften scheint mir kein genügendes Bedürfniß vorzuliegen, der Eingehung von Wechselverbindlichkeiten die aus indossablen Papieren und die Ausstellung von Inhaberschuldverschreibungen anzureihen (§ 1674 Nr. 9; s. auch § 1511 Nr. 5). Ein Theil der in Betracht kommenden Geschäfte wird überdies durch das gleiche Erforderniß „zur Aufnahme von Geld auf den Kredit des Mündels (Kindes)" gedeckt sein (ebend. Nr. 10 bezw. 6).

---

[145]) Näheres s. in meiner Abh. in Rassow-Küntzel, Beitr. XXII S. 655 ff.

[146]) An diese Bestimmungen erinnert der vom Vorerben handelnde § 1822. Indessen ist die Reichsbank darin nicht genannt, obwohl deren Einrichtungen sich leicht anpassen lassen würden (s. die oben S. 46 erwähnte Nr. 14 d. Depot-Bedingungen). Auf Papiergeld, Banknoten und andere zu den verbrauchbaren Sachen (§ 780) gehörende Papiere bezieht sich die fragliche Verpflichtung des Vorerben nicht (s. § 1822 Abs. 3, Mot. V. S. 100).

[147]) Im Falle des § 1547 bedarf es stets solcher Anordnung.

Digitized by Google

§ 15. Schluß.

Die vorstehenden Erörterungen mögen Manchem vielleicht nicht mit Unrecht mehr als eine Uebersicht einer gewissen Gruppe von Bestimmungen des Entwurfs statt einer Sammlung begründeter Erinnerungen erscheinen. Wenn aber auch der kritische Gehalt meiner Bemerkungen nur gering ist, so bin ich hierüber nicht unzufrieden. Denn es liegt darin vielleicht ein Symptom, daß die bei dem Bankverkehr betheiligten Berufskreise keinen erheblichen Grund haben, sich über den Entwurf zu beschweren und dessen Nichtzustandekommen zu wünschen. Auf der anderen Seite leidet gerade der Bankverkehr, welcher vor den Landesgrenzen nicht innehält, ganz besonders durch die Verschiedenartigkeit des Rechts innerhalb des deutschen Wirthschaftsgebiets, deren Ursachen er meistens nicht begreift. Er hat sich zwar vielfach durch allgemeine Geschäftsbedingungen, Regulative u. s. w. zu helfen gewußt. Aber die Abfassung und ebenso die Auslegung und Anwendung derselben wird doch durch jene Verschiedenartigkeit fort und fort erschwert, da die Regelung bei der Mannigfaltigkeit der Rechtsverhältnisse niemals eine erschöpfende sein kann. Der Handelsstand hat daher die größte Neigung, Bedenken, welche sich nur gegen verhältnißmäßig untergeordnete Punkte des Inhalts des Entwurfs oder gegen Aeußerlichkeiten richten, zu überwinden, damit unserem Volke bald der Schatz eines einheitlichen Rechts gewonnen werden könne. Ich kann die Hoffnung nicht aufgeben, daß hierzu der jetzt vorliegende Entwurf die Grundlage bieten wird, was man auch mit Recht gegen den Inhalt und die uns oft abstoßende Form erinnern mag. Eine Publikation des Entwurfs mit allen Mängeln als Gesetz, gewissermaßen zur Probe scheint mir verfehlt. Aber der gute Geist Deutschlands, welcher sich in den letzten Jahrzehnten so schöpferisch erwiesen hat, wird, so hoffe ich, auch die Mittel und Wege finden, um aus dem jetzigen Entwurfe unter Benutzung aller Ergebnisse positiver Kritik ein Werk erstehen zu lassen, das auf Generationen hinaus den Bedürfnissen unseres Rechtslebens genügt.

Druck von Leonhard Simion in Berlin.

Digitized by Google

Inhalt.

		Seite
§ 1.	Vorbemerkung	1
§ 2.	Allgemeines	2
§ 3.	Sicherheitsleistung	8
§ 4.	Geldschuld. Münzsorte. Zinsen	14
§ 5.	Zahlung. Quittung. Zurückgabe des Schuldscheins. Hinterlegung	21
§ 6.	Gewährleistung wegen Mängel; aufgebotene, ausgelooste, gekündigte Werthpapiere	27
§ 7.	Darlehen	29
§ 8.	Kauf. Preisabrede	30
§ 9.	Hinterlegungsvertrag, depositum irregulare. Giroverkehr. Lagergeschäft. Kontokurrentvertrag	31
§ 10.	Einbringung von Geldern bei Gastwirthen	35
§ 11.	Schuldversprechen. Anerkennung. Abrechnung	35
§ 12.	Schuldverschreibung auf Inhaber	36
§ 13.	Sachenrecht. Verbrauchbare Sachen. Nießbrauch. Pfandrecht	45
§ 14.	Familienrecht. Vermögensverwaltung des Vormundes bezw. Inhabers der elterlichen Gewalt	51
§ 15.	Schluß	54

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Beiträge

zur Erläuterung und Beurtheilung

des Entwurfes

eines

Bürgerlichen Gesetzbuches

für das Deutsche Reich.

Unter Mitwirkung

von

Dr. F. Bernhöft, Professor in Rostock, Dr. K. Cosack, Professor in Berlin, Dr. E. Eck, Geh. Justizrath und Professor in Berlin, Dr. O. F. Gierke, Geh. Justizrath und Professor in Berlin, Dr. R. Koch, Vicepräsident des Reichsbankdirectoriums, Dr. J. Krech, Kaiserl. Geh. Regierungsrath in Berlin, Dr. F. E. von Liszt, Professor in Marburg, E. Meischeider, Reichsgerichtsrath, Dr. J. Petersen, Reichsgerichtsrath, Dr. R. Schröder, Geh. Hofrath und Professor in Heidelberg, Dr. L. Seuffert, Professor in Würzburg, F. Vierhaus, Oberlandesgerichtsrath in Cassel, Dr. E. Zitelmann, Professor in Bonn

herausgegeben

von

E. J. Bekker, und **O. Fischer,**
Geheimrath und Professor in Heidelberg, Professor in Greifswald.

Fünftes Heft:

F. v. Liszt,
Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht.

Berlin und Leipzig.
Verlag von J. Guttentag
(D. Collin).
1889.

Digitized by Google

Die Grenzgebiete

zwischen

Privatrecht und Strafrecht.

Kriminalistische Bedenken

gegen den Entwurf

eines

Bürgerlichen Gesetzbuches

für das Deutsche Reich.

Von

Dr. Franz von Liszt,
Professor der Rechte zu Marburg.

Berlin und Leipzig.
Verlag von J. Guttentag
(D. Collin).
1889.

Digitized by Google

MAY 28 191

Digitized by Google

Inhalt.

Seite

§ 1. Einleitung 1

I. Gemeinsame Grundbegriffe.

§ 2. Das privatrechtlich geschützte Interesse 4
§ 3. Selbstvertheidigung und Selbsthülfe 8
§ 4. Vorsatz und Fahrlässigkeit 14
§ 5. Gewalt, Drohung, Betrug 19

II. Das privatrechtliche Delikt.

§ 6. Der Begriff des Privatdelikts 25
§ 7. Das Privatdelikt als Vermögensdelikt 29
§ 8. Die Widerrechtlichkeit der Verletzung 31
§ 9. Der privatrechtliche Schuldbegriff 38
§ 10. Die Deliktsfähigkeit 42

§ 11. Schluß 45

Digitized by Google

Digitized by Google

§ 1. Einleitung.

Grundgedanke und Anlage unserer „Beiträge" gestatten und gewährleisten jedem Mitarbeiter volle Freiheit der Bewegung, uneingeschränkte Selbständigkeit des Urtheils. Aber was sie dem Einzelnen gestatten, das fordern sie auch von ihm, ohne Rücksicht auf die Größe, die Bedeutung, die Eigenart seines Arbeitsfeldes. Denn die kritische Besprechung einzelner Theile des Entwurfs ist nicht möglich, ohne daß der Kritiker dem ganzen Entwurf gegenüber Stellung nimmt und seinem Gesammturtheil über diesen Ausdruck giebt. Und umgekehrt kann nur in diesem Gesammturtheil ein zuverlässiger Maßstab, eine feste Richtschnur für die Einzelkritik gefunden und festgehalten werden.

Dem Kriminalisten wird man es demnach nicht als eine Ueberschreitung der durch seine Fachkenntnisse ihm gezogenen Grenzen verargen, wenn er seine Stellung zu dem „Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich" mit möglichster Klarheit zu bestimmen sucht, ehe er, an die ihm zugewiesene Aufgabe herantretend, seine „kriminalistischen Bedenken" entwickelt.

Es wird heute wohl Niemand mehr leugnen, daß der Entwurf die Erwartungen nicht befriedigt, die Hoffnungen nicht erfüllt hat, mit welchen das ganze deutsche Volk das große Unternehmen begleitete und seinen endlichen Abschluß begrüßte. Eine treffliche Uebertragung des römischen Privatrechts in die Formen eines modernen deutschen Gesetzbuches: das ist, im Großen und Ganzen wenigstens, der Entwurf, und nicht mehr. Wir aber hatten mehr gehofft und mehr erwartet in den langen Jahren, während welcher die auserwählten Vertreter der deutschen Rechtswissenschaft mit aufopfernder Hingebung an dem einen Werke arbeiteten. Wir dachten an eine

Digitized by Google

Verschmelzung deutschen Geistes und römischer Form. Die Tiefe und der Reichthum unserer alten, niemals völlig erdrückten, deutschen Rechtsanschauungen hofften wir wiederzufinden, geklärt und gefestigt durch die Begriffsstrenge der klassischen römischen Jurisprudenz. Der praktische Sinn der Römer, bewährt durch jahrhundertelange Rechtsübung und Rechtsforschung, verjüngt durch die stolz-ursprüngliche, jungfräulich-fruchtbare Kraft des neuen Deutschen Reichs, sollte den eigenartigen Bedürfnissen unseres heutigen deutschen Rechtslebens dienstbar gemacht werden. So ungefähr hatten wir uns das Gesetzbuch gedacht, welches die Aufnahme des römischen Privatrechts zum Abschluß bringen und zugleich für alle Zukunft lebendig erhalten sollte. Diese Hoffnungen sind getäuscht. Was im Beginn des 16. Jahrhunderts Hans von Schwarzenberg vermochte, das überstieg die Kräfte unseres heutigen Geschlechts.

Mit kühler, entsagender Hochachtung gehen wir alle, Juristen, Kaufleute, Landwirthe, an die kritische Arbeit. Kein Feuer nationaler Begeisterung trübt uns den Blick, wenn wir die kunstvoll in einander gefügten Paragraphen des Entwurfes in's Auge fassen. Kann man uns Deutschen von heute es zum Vorwurf machen, wenn der Glanz der römisch-deutschen Kaiserkrone uns die Herzen nicht mehr erwärmt?

Ungerechtigkeit aber, herzlose und zugleich gefährliche Ungerechtigkeit, wäre es, für dieses Ergebniß die Verfasser des Entwurfes verantwortlich machen zu wollen. Werden wir uns klar darüber, daß wir ernten, was wir gesäet. Wir alle tragen die Schuld. Daß es so gekommen ist, daß es nicht anders kommen konnte, das ist die Frucht unseres Thuns, unseres Unterlassens. Seit Menschenaltern ist die Ausbildung unserer jungen Juristen, an der Universität wie an den Gerichten, eine einseitig privatrechtliche; seit Menschenaltern ist uns juristisches Denken und privatrechtliches Denken eins und dasselbe. Und wer Privatrecht sagt, der sagt römisches Recht. Oder ist etwa der Satz, daß der gute Pandektist ein guter Jurist sei, nicht der Leitstern unseres Universitätsstudiums wie unserer ganzen richterlichen oder anwaltlichen Lebensbahn? Gehört es etwa nicht zum guten juristischen Ton, mit vornehmer Geringschätzung auf das preußische Landrecht oder auf das französische Civilgesetzbuch herabzusehen? Lernen wir es nicht schon auf der Schule, daß unser deutsches Privatrecht in keiner Beziehung mit dem römischen Recht sich messen könne? Zwingt nicht die ganze Einrichtung unserer Prüfungen den jungen Juristen, Staatsrecht und Verwaltungsrecht, Strafrecht und Strafprozeß, Kirchenrecht und Völkerrecht, Volkswirthschaft und Sozialpolitik als Nebendinge zu betrachten, die mit der Hauptaufgabe seines Be-

Digitized by Google

rufes in loſeſtem Zuſammenhange ſtehen? Haben wir nicht alle Hebel in Bewegung geſetzt, um das Denken unſerer Juriſten. dem deutſchen Rechtsleben unſerer Tage zu entfremden?

Wir haben wahrlich kein Recht, uns zu wundern, wenn das im Entwurf uns gebotene Juriſtenrecht Geiſt vom Geiſte unſerer Juriſten, und nicht Fleiſch und Blut unſeres Volkes iſt. Wir dürfen nicht klagen und hadern, wenn uns wird, was wir uns ſelbſt bereitet haben.

In dieſer Selbſtkritik aber wurzelt die Erkenntniß, daß ein anderer Entwurf, von anderen Männern heute oder morgen gearbeitet, uns Anderes und Beſſeres nicht bringen würde. Und wenn wir die Segnungen der Rechtseinheit auf privatrechtlichem Gebiete für uns und und unſere Kinder genießen und uns damit nicht tröſten wollen, daß unſere fernen Urenkel ſtärker und glücklicher ſein werden als wir, ſo müſſen wir den Entwurf, ohne tiefgreifende Umarbeitung, wenn auch mit Verbeſſerungen im Einzelnen, zum Geſetz erheben.

Was die Einheitlichkeit des bürgerlichen Rechts für unſer geſammtes nationales Leben bedeutet, das brauche ich nicht auszuführen. Mit all' ſeinen Schwächen und Lücken wird das bürgerliche Geſetzbuch für das Deutſche Reich den kommenden Geſchlechtern als ein Markſtein erſcheinen in der Geſchichte unſeres Volkes.

In der gemeinſamen Arbeit auf Grund des einheitlichen Rechts werden wir aber zugleich auch den Juriſtenſtand heranbilden, dem wir ſeiner Zeit die Umgeſtaltung des Geſetzbuchs, eine Umgeſtaltung im deutſchen Geiſte, getroſt werden anvertrauen können. Mag das Geſetzbuch noch ſo abhängig ſein von dem römiſchen Recht, aus dem es geſchöpft: ſchon das deutſche Wort, der Wegfall der künſtlichen Textkritik und der gekünſtelten Vereinigung widerſprechender Quellenſtellen, die geſchloſſene Einheitlichkeit der Beſtimmungen und ihre Anpaſſung an das übrige Reichsrecht wird unſere Juriſten zur Selbſtändigkeit erziehen.

Und warum ſollen wir nicht inzwiſchen die Lücken auszufüllen verſuchen, welche der Entwurf gelaſſen hat? warum nicht etwa, um nur Eines, aber wohl das Wichtigſte zu erwähnen, ſo bald als möglich mit der Ausarbeitung eines deutſchen Perſonenrechtes beginnen? Unter allen Umſtänden wird ein Jahrzehnt nach Einführung des Geſetzes vergehen, ehe alle Lücken ausgefüllt, alle Widerſprüche beſeitigt, alle Zweifel über das Verhältniß des neuen Rechts zum alten gelöſt ſein werden. Die Nothwendigkeit einer gründlichen Durchſicht des Geſetzbuchs wird unter allen Umſtänden in verhältnißmäßig kurzer Zeit an uns herantreten. Bis dahin haben wir Zeit zur Arbeit. Iſt einmal die Grundlage da, dann läßt ſich weiter bauen. Wird dabei auch der Grundriß umgeſtaltet, tragen auch die Theile des Gebäudes das Ge-

Digitized by Google

präge verschiedener Stilrichtungen: es hat der Schönheit unserer Dome und hat der trauten Wohnlichkeit unserer Familienhäuser keinen Eintrag gethan, daß Menschengeschlechter an ihnen gearbeitet haben, jedes in seiner Art, nach seinen Bedürfnissen, nach seinem Geschmack.

Ich stimme dem Tadel im Wesentlichen bei, den Gierke, schärfer und folgerichtiger als Andere, aus der Tiefe wissenschaftlicher Ueberzeugung und mit der Kraft deutschen Sinnes ausgesprochen hat. Aber ich muß die Folgerungen ablehnen, die daraus gezogen worden sind. Es wäre ein Unglück für unser deutsches Volk, eine Gefahr für unser deutsches Reich, es wäre zugleich auch ein schwerer Schlag für unsere deutsche Rechtswissenschaft, wenn der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs scheitern würde, wenn unsere Hoffnungen, unsere Wünsche auf unabsehbare Zeit hinaus getäuscht werden sollten.

Das ist mein Standpunkt. Von ihm aus sind die „kriminalistischen Bedenken" geschrieben. Sie sollen zur erneuten Prüfung einzelner Bestimmungen Anlaß geben, das große Werk fördern, nicht hemmen. Der kriminalistische Beirath scheint den Verfassern des Entwurfs gefehlt zu haben. Vielleicht kann ich zeigen, daß meine Fachwissenschaft in ihrer heutigen Entwickelung doch auch im Stande ist, ihren Beitrag, mag er noch so bescheiden sein, zu liefern; einen Beitrag nicht bloß „zur Erläuterung und Beurtheilung", sondern wenn möglich auch zur Verbesserung des Entwurfs.

I. Gemeinsame Grundbegriffe.

§ 2. Das privatrechtlich geschützte Interesse.

Aufgabe des Privatrechts ist der privatrechtliche Schutz der von der Rechtsordnung anerkannten Interessen.

Wenn ich diesen Satz an die Spitze meiner Erörterungen stelle, um daran die Frage zu knüpfen, ob und wie weit die in ihm niedergelegte wissenschaftliche Grundanschauung bei den Verfassern des Entwurfs Verständniß und Anerkennung gefunden hat, so brauche ich mich wohl nicht erst gegen den Vorwurf zu verwahren, daß ich mit doktrinärem Maßstabe die für das Leben berechneten Leistungen des Gesetzgebers messe.

Kein Verständiger wird von dem bürgerlichen Gesetzbuch eine Darstellung der allgemeinen Rechtslehre verlangen oder gar erwarten, daß das Gesetz oder seine Begründung eine Theorie des subjektiven Rechts oder des Rechtsgutes entwickele.

Digitized by Google

Wohl aber dürfen und müssen wir verlangen, daß der Gesetzgeber, will er die Rechtsverhältnisse erschöpfend und befriedigend regeln, die Lebensverhältnisse vollständig vor Augen habe, die den Kern der Rechtsverhältnisse bilden. Und an den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches dürfen und müssen wir die Anforderung stellen, daß er mit voller, zweifelloser Klarheit die Lebensverhältnisse bestimme und umgrenze, welchen er den Schutz des Privatrechtes zu Theil werden lassen will.

Auch hier handelt es sich um den Gegensatz deutscher und romanistischer Rechtsanschauung. Das römische Privatrecht ist fast ausschließlich Vermögensrecht. Viel weiter faßt das deutsche Rechtsbewußtsein, heute wie in vergangenen Jahrhunderten, die Aufgabe des Privatrechtes. Eine reiche Fülle von Lebensinteressen der Persönlichkeit, sei es des Einzelnen, sei es der gegliederten Genossenschaft, fordert die Anerkennung und den Schutz des Privatrechts. Das Vermögensrecht ist uns, im Gegensatz zu den Römern, nicht der einzige, nicht einmal der wichtigste Theil des Privatrechts.

Hier mußte der Entwurf Stellung nehmen. Er durfte sich dieser Anforderung auch dann nicht entziehen, wenn er, sei es aus berechtigten, sei es aus nicht berechtigten Gründen, die Regelung dieser nicht vermögensrechtlichen Interessen ganz oder zum Theile anderen Gesetzen zu überlassen sich entschlossen hatte. Der Theil muß sich dem Rahmen des Ganzen einfügen.

Es ist äußerst lehrreich, die zerstreuten Stellen zu sammeln, in welchen die Begründung des Entwurfs unsere Frage streift, um auf diesem Wege jene Uebersicht über die privatrechtlich geschützten Interessen zu gewinnen, welche das Gesetz selbst vermissen läßt.

Der Entwurf kennt absolute und nicht absolute Vermögensrechte. Ihm sind auch (Mot. II 830) „Besitz und Innehabung, wenn sie auch nicht als Rechte im subjektiven Sinne aufzufassen sein mögen, doch ökonomische Rechtsgüter". Der Entwurf geht noch weiter. Auch Leben, Körper („körperliche Unversehrtheit", heißt es an anderen Stellen), Gesundheit, Freiheit, Ehre werden berücksichtigt. Mot. I 271 finden wir sie als „Rechtsgüter" bezeichnet; Mot. II 728 lesen wir, daß „mit Grund bezweifelt werden kann, ob diese höheren Güter als Rechte bezeichnet werden können", daß „aber gerade sie auch des Schutzes bedürfen, der ihnen bei einer engeren Auffassung der Schadenszufügung oft gefehlt hat". Dagegen ist es nach Mot. V 133 „nicht Aufgabe des bürgerlichen Rechts, für den Schutz des Lebens und der Gesundheit der Unmündigen zu sorgen". Mot. III 110 wird bezüglich der verbotenen Eigenmacht gesagt: „man kann auch vielleicht das absolute Persönlichkeitsrecht der Freiheit als verletzt ansehen; denn

Digitized by Google

man kann den Begriff der Freiheit außer auf die Herrschaft über den eigenen Körper (so!), auch auf die Herrschaft über die der thatsächlichen Gewalt der Person unterworfenen Sachen (so!) beziehen."

Auch von „immateriellen Rechtsgütern" ist die Rede (Mot. I 271), anderswo von „immateriellen Rechten" (Mot. IV 1146), ohne daß dieser Ausdruck näher erläutert würde. Weiter sagen Mot. III 257: „Eine gewisse Analogie besteht nur zwischen dem Eigenthum und den anderen absoluten, nicht von einem Stammrechte abgeleiteten Rechten, namentlich dem Erbrechte und den Urheberrechten", wobei auf den Ausdruck der Reichsverfassung „Schutz des geistigen Eigenthums" verwiesen wird. Mot. III 856 lesen wir: „Rechte, welche nicht Forderungen sind, insbesondere also Urheberrechte." Dagegen werden Mot. II 752 den „absoluten Persönlichkeitsrechten" die „nur persönlichen Interessen" entgegengestellt. Mot. IV 1005 wird es als unzweifelhaft hingestellt, daß es ein subjektives Privatrecht auf Führung eines bestimmten Familiennamens giebt und daß dieses Recht absoluten Charakter hat. Aber nach Mot. IV 1006 „läßt sich ein privatrechtliches Verbietungsrecht als Ausfluß des Rechts, einen bestimmten Familiennamen zu führen, aus allgemeinen Grundsätzen, insbesondere aus dem absoluten Charakter jenes Rechts, nicht ableiten". (vgl. unten S. 7).

Es ist ganz unmöglich, in diesen zerstreuten, unzusammenhängenden Aeußerungen mehr zu finden, als die Anerkennung des Satzes, daß es „absolute Persönlichkeitsrechte" gebe, deren Natur als „Rechte" übrigens recht problematisch sei. Was von diesen Rechten uns gesagt wird, ist mehr als dürftig. Es fehlen nicht nur, wie Gierke 112 hervorhebt, die Standesrechte, die Monopolrechte u. a., sondern auch eine ganze Reihe derjenigen rechtlich geschützten Interessen, welche in jedem Lehrbuch des Strafrechts verzeichnet zu werden pflegen: das Hausrecht, das Brief- und Schriftengeheimniß, der Rechtsfrieden, die Gräberruhe, die Religionsfreiheit, das religiöse Gefühl, die geschlechtliche Sittlichkeit und andere mehr.

Genügt es wirklich, alle diese rechtlich anerkannten Interessen auf den Schutz des öffentlichen Rechts zu verweisen? muß uns überall Landrath und Schutzmann helfen?

Man lese einmal nach, was Mot. IV 1005 f. über die „unbefugte Namensführung" und über „die Anmaßung der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Familie" gesagt wird. Ich nehme an, irgend ein verbrecherischer, herabgekommener Lump führt meinen Namen, bezeichnet sich als meinen Zwillingsbruder. Es fragt sich (!), sagen die Motive, ob ich auf die Unterlassung dieser Namensführung klagen kann. Die Motive verneinen die Frage. „Auch ist die positive Anerkennung

Digitized by Google

eines solchen Verbietungsrechtes durch ein Bedürfniß nicht geboten; vielmehr ist es Sache des öffentlichen Rechts, darüber zu bestimmen, inwieweit und mit welchen Mitteln der unbefugten Führung eines Namens entgegengetreten werden soll (vgl. § 360, Nr. 8 des St.G.B.)."

Ich frage: warum ist es Sache des öffentlichen Rechts? was hat mein Familienname mit dem deutschen Staats- oder Verwaltungsrechte zu thun?

Ich frage aber weiter: haben die Verfasser der Motive den § 360 Ziff. 8 St.G.B. wirklich gelesen? Es heißt hier: „Mit Haft wird bestraft..., wer sich eines ihm nicht zukommenden Namens einem zuständigen Beamten gegenüber bedient." Die Fassung ist so klar wie möglich. Das St.G.B. spricht vom Standpunkte der öffentlichen Interessen; mein Namensrecht wird in § 360 Ziff. 8 St.G.B. überhaupt nicht erwähnt. Was soll man dieser Thatsache gegenüber von jenem Satze der Motive sagen?

Die Motive aber bleiben sich getreu. Sie fahren fort: „Es handelt sich um die Frage, ob die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Familie als ein Statusrecht und ob es als eine Verletzung desselben anzusehen ist, wenn ein Anderer unbefugter Weise sich als dieser Familie angehörend bezeichnet. ..... Da mit der Lösung dieser Frage Theorie und Praxis erst in neuerer Zeit eingehender sich befaßt haben, ohne in dieser Beziehung bislang zu einem festen Resultate und zu einer Einigung über das Wesen des hier in Rede stehenden Rechts gelangt zu sein, so ist es als bedenklich erachtet, der wissenschaftlichen Entwickelung durch eine gesetzliche Entscheidung der Frage vorzugreifen, zumal auch die bestehenden Gesetzbücher einer solchen Entscheidung sich enthalten haben und nicht zu besorgen ist, daß aus dem Schweigen des Gesetzes eine erhebliche Gefährdung der Rechtssicherheit sich ergeben werde."

Ich habe nichts hinzuzufügen. Meinen Namen, meinen Familienstand kann mißbrauchen, wer will. Wir müssen dankbar sein, daß wenigstens Leben, Freiheit, Ehre durch die kühne Fiktion des § 704, Abs. 2 als den Vermögensrechten ungefähr ebenbürtig anerkannt sind. Freilich spielen diese „Güter" ja auch in Lehrbüchern des Pandektenrechts ihre, wenn auch bescheidene Rolle.

Wie verhängnißvoll diese Selbstbeschränkung des Entwurfs für das ganze Gebiet der Deliktsobligationen wird, hoffe ich im zweiten Abschnitte zeigen zu können. Hier handelte es sich darum, den Grundfehler des Entwurfs in das rechte Licht zu setzen.

Eine Beseitigung dieses Mangels, eine Erhebung des Privatrechtes über den Kreis der nackten Vermögensinteressen hinaus, eine Verdrängung der romanistischen Engherzigkeit durch die inhaltlich reicheren

Digitized by Google

vielgestaltigeren Anschauungen des deutschen Rechtsbewußtseins wird durch eine Ueberarbeitung des Entwurfes nicht zu erzielen sein. Wir brauchen, wie schon erwähnt, ein besonderes Gesetz über das Personenrecht; ein Gesetz, das seiner Zeit dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuche eingefügt werden mag. An dem Entwurf ist hier nichts zu bessern.

§ 3. Selbstvertheidigung und Selbsthülfe.

Je näher wir den Einzelbestimmungen des Entwurfs treten, desto lebhafter werden unsere „kriminalistischen Bedenken". Aus gemeinsamer Wurzel saugen die Zweige des Rechts ihre Lebenskraft. Wir können nicht trennen, was die Natur verbunden hat. Durch den Bann der Verhältnisse zur Arbeitstheilung gezwungen, dürfen wir nicht vergessen, daß alle Theile der Rechtswissenschaft zu einem großen Ganzen gehören, daß sie auf gemeinsamer Grundlage ruhen und in steter Wechselberührung sich ergänzen und befruchten. Ein bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich kann nicht gelingen, wenn der Gesetzgeber dem öffentlichen Recht, wenn er dem Strafrecht des deutschen Volkes fremd, ohne lebenswarme, selbständige Auffassung gegenübersteht. Dem Entwurf und seiner Begründung merkt man es überall an, daß die Verfasser ihre strafrechtlichen Ansichten aus zweiter Hand genommen haben. An diesem Fehler kranken gar viele wichtige Bestimmungen des Entwurfs.

Der 8. Abschnitt des ersten Buches: Selbstvertheidigung und Selbsthülfe (§§ 186 bis 189) unterscheidet die Selbsthülfe gegen Personen (Nothwehr § 186) von derjenigen gegen Sachen (§ 187) und stellt der Selbstvertheidigung die Selbsthülfe (§§ 188 und 189) gegenüber. Eine wichtige Ergänzung dieser allgemeinen Bestimmungen findet sich in den §§ 814 bis 817, welche dem Inhaber einer Sache gegen verbotene Eigenmacht eine über § 189 hinausgehende Selbsthülfe gestatten (M. III, 110).

So klar, übersichtlich und sachgemäß diese Vorschriften auf den ersten Blick erscheinen, so wenig befriedigen sie bei genauerer Betrachtung [1]).

Der Kriminalist vermißt zunächst in diesem Abschnitte, welcher die Begriffsbestimmung der Nothwehr aus St.G.B. § 53 wörtlich wiederholt, die Erwähnung des Nothstandes (St.G.B. § 54 mit

[1]) § 188 verfügt: „Selbsthülfe mittelst Handlungen, welche an sich unerlaubt sind, ist unerlaubt, soweit nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt." Daß diese Bestimmung gänzlich überflüssig ist, hat die Kritik fast einstimmig hervorgehoben.

Digitized by Google

Einschluß der Nöthigung St.G.B. § 52). In den Motiven I, 356, II, 729 finden wir die Aufklärung. Leider ist dieselbe nichts weniger als geeignet, die Befremdung über das Schweigen des Entwurfes zu beseitigen. Es unterliegt keinem Zweifel: nach der Ansicht des Entwurfes ist die Nothstandshandlung zwar nicht strafbar, wohl aber rechtswidrig. Und ganz dasselbe gilt von der Handlung des Genöthigten. Nach einer Begründung suchen wir vergeblich.

Eine solche Begründung aber wäre wohl um so nothwendiger gewesen, als nicht nur die Mehrzahl auch der civilrechtlichen Schriftsteller (darunter z. B. Windscheid), sondern auch das Reichsgericht die Ersatzpflicht desjenigen verneinen, der im Nothstand fremde Interessen verletzt. Daß das sächsische Gesetzbuch, der Dresdner Entwurf, das Schweizer Obligationenrecht den Nothstand nicht anerkennen, berechtigte jener Thatsache gegenüber nicht zu einer stillschweigenden Erledigung der wichtigen Frage.

Man wende mir nicht ein, es handle sich nur um die Ersatzpflicht des Thäters; es sei unbillig, den unbetheiligten Dritten den Schaden tragen zu lassen. Der Entwurf gründet die Ersatzpflicht (ob mit Recht oder Unrecht, das kann hier unerörtert bleiben) auf Schuldverhältniß oder auf Delikt. Damit ist gesagt, daß die Nothstandshandlung, welche Ersatzpflicht nach sich zieht, eine rechtswidrige Handlung sei. Diese Auffassung ist zweifellos falsch.

Ich muß nun allerdings zugeben, daß die Rechtswidrigkeit der Nothstandshandlung auch von zahlreichen und bedeutenden kriminalistischen Schriftstellern behauptet wird. Aber nicht minder zahlreiche oder bedeutende Schriftsteller vertreten die gegentheilige Ansicht. Und schon diese Thatsache hätte die Verfasser des Entwurfs zu einer Auseinandersetzung veranlassen müssen. Die Litteratur des Nothstandes ist eine hauptsächlich kriminalistische; die Ergebnisse derselben hätten es vielleicht doch verlohnt, wenn ihnen näher zu treten die Verfasser des Entwurfs nicht verschmäht hätten.

Ich habe nicht die Absicht, an dieser Stelle das nachzuholen, was Andere versäumt haben. Es wäre ja so leicht, die Auffassung des Entwurfs durch Beispiele zu widerlegen. Wenn ich in einem Hause das Hülferufen eines kleinen in Flammen stehenden Kindes vernehme und das Fenster aufstoße, um das Kind zu retten: dann kann mir die leichtsinnige Mutter hinterher die Glaserrechnung schicken und den Ersatz der Küchentücher verlangen, die ich zu einem Nothverbande verwendet habe. Und mehr als das: ich habe eine rechtswidrige Handlung begangen! Das begreife, wer es vermag. Wer in dem Privatrecht mehr sieht als eine Abgrenzung von Mein und Dein, dem wird die Rechtswidrigkeit solchen Handelns auch dann nicht klar zu

Digitized by Google

machen sein, wenn man ihm vorhält, daß ein „ordentlicher Hausvater" sich niemals in Dinge einmengt, die ihn nichts angehen, und die Hülfeleistung in Unglücksfällen der Polizei überläßt (abgesehen natürlich von St.G.B. § 360 Ziff. 10), die ja dafür bestellt und bezahlt ist.

Ich kann es mir um so eher versagen, die Auffassung des Entwurfs eingehend zu erörtern und den tieferen Grund ihrer Unhaltbarkeit klarzulegen, als die Rechtswidrigkeit der Nothstandshandlung im schneidendsten Gegensatze steht zu der vom Entwurf anerkannten uneingeschränkten Rechtmäßigkeit der Nothwehrhandlung.

Hier haben die Verfasser die strafrechtliche Auffassung im vollen Umfange sich angeeignet; vor keiner jener Folgerungen, welche das deutsche Strafgesetzbuch anerkennt und welche die außerdeutsche Wissenschaft und Gesetzgebung so oft kopfschüttelnd angestaunt haben, schreckt der Entwurf zurück: wenn ich, um die Haarlocke meiner Geliebten mir zu erhalten, meinen Nebenbuhler niederschieße, so handle ich der Rechtsordnung nicht entgegen. Aber wenn ich, um einen Freund vom Hungertode zu retten, ein Stück Brot entwende, so habe ich rechtswidrig gehandelt; das Strafgesetzbuch erläßt mir großmüthig die Strafe, aber das Privatrecht des Deutschen Reichs kennt kein Erbarmen! Sollen denn wirklich alle die dem Leben entnommenen Musterfälle des Nothstandes privatrechtliche Delikte bilden? Das Niederreißen von Gebäuden, um ein Weitergreifen des Brandes zu verhüten; das Zerreißen eines Kabels, an welchem die Ankerkette des Schiffes hängen geblieben ist (Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen V, 161)[2]) und unzählige andere mehr?

Die Unhaltbarkeit der Auffassung des Entwurfs erhellt auch, wenn man die unerlaubte Nothstandshandlung mit der erlaubten Selbstvertheidigung gegen fremde Sachen verleicht. Ein Metzgergeselle, welcher den Kunden Fleisch bringt, wird von einem bissigen Hunde angefallen; nach dem Entwurf ist es ihm erlaubt, den Hund niederzuschießen, aber unerlaubt, ihn durch Vorwerfen eines Stückes Fleisch zu beruhigen.

Derartige unmögliche Folgesätze weisen auf eine grundsätzliche Unrichtigkeit. In der That ist diese leicht aufzudecken. Es ist einfach nicht wahr, wenn die Motive I, 350 das Wesen des Nothstandes darin finden, daß hier in den Rechtskreis eines unbetheiligten

---

[2]) Man vgl.: lex 29 § 3 Dig. IX 2 (Ulpian): Item Labeo scribit, si cum vi ventorum navis impulsa esset in funes anchorarum alterius et nautae funes praecidissent, si nullo alio modo nisi praecisis funibus explicare se potuit, nullam actionem dandam.

Digitized by Google

Dritten übergegriffen werde, während bei der Selbstvertheidigung des § 187 die gefahrdrohende Sache selbst verletzt wird. Das ist offensichtlich kein Gegensatz. Die Verletzung der gefahrdrohenden Sache muß stets, wenn anders die Sache nicht als Rechtssubjekt gedacht werden soll, einen Uebergriff in den Rechtskreis eines Rechtssubjektes, u. z. (wenigstens im Sinne des Entwurfs) eines „unbetheiligten Dritten" in sich schließen. Damit aber entfällt jede Möglichkeit, die Fälle grundsätzlich auseinander zu halten. Ob der unbetheiligte Eigenthümer des werthvollen Hundes durch dessen Tödtung oder ob der ebenfalls unbetheiligte Metzger durch den Verlust von einem halben Kilo Fleisch geschädigt wird, das kann bei der Beurtheilung des Falles allerdings einen Unterschied machen, aber ganz sicher nicht den vom Entwurf gewollten.

Der ganze § 187 ruht auf einer grundfalschen Ansicht.

„Eine unerlaubte Handlung ist nicht vorhanden, wenn Jemand eine fremde Sache beschädigt oder zerstört, um eine von dieser Sache drohende Gefahr von sich oder einem Andern abzuwenden, sofern die Handlung zur Abwendung der Gefahr erforderlich war und die Gefahr nicht vorsätzlich oder fahrlässig verursacht worden ist." [3])

Es leuchtet ein, daß hier der Nothwehr als der Selbstvertheidigung gegen Personen die Selbstvertheidigung gegen Sachen an die Seite gestellt werden soll. Die Sache wird als gefahrdrohend, gewissermaßen als im rechtswidrigen Angriff befindlich gedacht. Das ist aber ein durchaus unjuristischer Gedanke. Die lebende Sache, das Thier kann angreifen, die leblose Sache niemals. Die Auffassung des Entwurfs erinnert lebhaft an die berühmte Behandlung der Perforation (Zerstückelung des Kindes im Mutterleibe) als eines Falles der Nothwehr, weil die Frucht, obwohl sie dazu keineswegs berechtigt ist, der Ausgangspforte zudrängt und mithin einen rechtswidrigen Angriff auf die Mutter ausübt.

Die Lücke, welche der Nothwehrparagraph offen läßt, kann nur durch die Anerkennung des Nothstandes ausgefüllt werden. Die Selbstvertheidigung gegen Sachen ist ein gänzlich verunglückter Begriff.

Zu der Trennung der Nothstandsfälle von den Fällen der Selbstvertheidigung gegen fremde drohende Sachen aber wird der Entwurf veranlaßt durch eine ebenfalls unrichtige Auffassung der Nothwehr (I, 349). „Ein rechtswidriger Angriff kann nach der in der Straf-

---

[3]) Vgl. § 183 des sächsischen Gesetzbuchs: „Fremde Sachen, welche einer eigenen Sache Schaden zufügen oder derselben Gefahr drohen oder ihren Gebrauch hindern, kann man zur Abwendung dieser Nachtheile entfernen und soweit nöthig selbst beschädigen und zerstören."

Digitized by Google

rechtswissenschaft herrschenden Meinung lediglich von einer Person ausgehen. Nur vereinzelte Stimmen haben sich dafür erhoben, daß Nothwehr auch gegenüber andringenden, nicht als Mittel zum Angriffe benutzten Thieren begründet sei." Ich weiß nicht, woher die Verfasser der Motive diese Belehrung geschöpft haben. Sie ist in doppelter Beziehung unrichtig. Von einer „herrschenden Meinung" kann nicht gesprochen werden; in der neueren Literatur halten sich die Stimmen für und gegen nach Zahl und Gewicht so ziemlich die Wagschaale. Aber noch wichtiger, weil völlig bezeichnend für das Verständniß, welches die Verfasser der Motive strafrechtlichen Fragen entgegenbringen, ist es, daß jener angebliche Satz der „herrschenden Meinung" überhaupt von keinem Kriminalisten aufgestellt worden ist. Die Gegner jener „vereinzelten Stimmen" verlangen vielmehr, daß der rechtswidrige Angriff von einem zurechnungsfähigen Menschen ausgehe. Bei dieser Auffassung ist es aber ganz unmöglich, der Nothwehr die Selbstvertheidigung gegen Sachen gegenüber zu stellen. Denn das Kind, der nicht deliktsfähige Jugendliche, der Geisteskranke sind eben keine „Sachen". Wie der Entwurf über diesen Fall, also über die Abwehr eines von einem Geisteskranken ausgehenden Angriffes denkt, bleibt räthselhaft. I, 352 lesen wir zwar: „die Frage, ob die gegenwärtige Vorschrift (gemeint ist § 187) auch auf die Gefährdung durch eine ohne Willen thätig werdende Person Anwendung zu finden hat, bleibt der Entscheidung durch die Wissenschaft und Praxis überlassen." Aber ich glaube doch bezweifeln zu müssen, ob Wissenschaft und Praxis einen aus dem Fenster stürzenden, auf dem Eise ausgleitenden oder von einem Dritten genöthigten Menschen so ohne Weiteres zur Sache herabsetzen werden. Bis auf bessere Belehrungen widerstrebt es mir, die körperliche Verletzung eines Menschen unter gewissen Voraussetzungen als Sachbeschädigung („beschädigt oder zerstört", sagt § 187) zu betrachten[4]). Und dabei bleibt es immer noch äußerst zweifelhaft, ob die eben angeführten Worte überhaupt auf einen vierzehnjährigen Jungen passen, der, freilich ohne deliktsfähig zu sein, aus völlig freiem Antriebe handelt.

Kleinere kriminalistische Unrichtigkeiten in den Ausführungen der Motive (betreffend die irrthümliche Annahme der Nothwehr, die Möglichkeit einer Nothwehr gegen die Nothstandshandlung und anderes) kann ich hier wohl unbesprochen lassen. Die Rechtsprechung wird hier den richtigen Weg wohl finden.

---

[4]) „Unter fremden Sachen auch willenlose Personen zu begreifen, das dürfte heute, wo wir keine Sklaven mehr haben, doch auch die verwegenste Auslegung kaum riskiren." So Birkmeyer, Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege und Rechtswissenschaft VII, 192.

Digitized by Google

Aber nochmals muß ich daran erinnern, daß mit dem Nothstand auch die Nöthigung als Ausschließungsgrund der Rechtswidrigkeit vom Entwurf gestrichen ist. Selbst jener Fall, welchen St.G.B § 52 mit den Worten erwähnt: „Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn der Thäter durch unwiderstehliche Gewalt oder durch eine Drohung, welche mit einer gegenwärtigen, auf andere Weise nicht abwendbaren Gefahr für Leib oder Leben seiner selbst oder eines Angehörigen verbunden war, zu der Handlung genöthigt worden ist", findet keine Gnade im Entwurf.

Auch hier also ruht nicht nur die Ersatzpflicht, sondern auch der Makel rechtswidrigen Thuns auf dem Opfer fremden Zwanges. Und auch hier hat man jedes Wort der Begründung für überflüssig erachtet. Handelt es sich ja auch nur um Leib und Leben, also nur um fiktive (§ 704) „Privatrechte".

Im Gegensatze zu dem Entwurf möchte ich mit aller Bestimmtheit die Forderung aufstellen, daß die „Selbstvertheidigung gegen Sachen" gestrichen werde, daß dafür aber der Nothstand (mit Einschluß der Nöthigung) seine Regelung im bürgerlichen Gesetzbuch finde. Dabei wird eine gründliche und selbständige Durcharbeitung des Gegenstandes nicht vermieden werden können. Die Bestimmungen des Reichstrafgesetzbuchs sind bekanntlich (soweit strafrechtliche Dinge überhaupt bekannt sind) in jeder Beziehung ungenügend. Es würde sich dann aber auch empfehlen, das Wort „Nothstand" nur im technischen Sinne zu gebrauchen. Es trägt, ganz abgesehen von ästhetischen Gesichtspunkten, zur Sicherheit der Rechtsprechung wenig bei, wenn derselbe technische Ausdruck ganz verschiedene Begriffe bezeichnet. Der „Nothstand" im nichttechnischen Sinne findet sich nicht nur im St.G.B. § 329, sondern auch im Entwurfe selbst: vgl. §§ 863, 1372 Ziff. 4, 1405 Ziff. 4, 2002.

Die Aufnahme des Nothstandes in den Entwurf wird wohl eine ganz abweichende Behandlung des ganzen Abschnittes nothwendig machen. Für diesen Fall weise ich noch darauf hin, daß die Fassung des § 187: „sofern die Gefahr nicht vorsätzlich oder fahrlässig verursacht worden ist" zu denselben Bedenken Anlaß giebt, wie der „unverschuldete" Nothstand im St.G.B. § 54. So schwer es auch sein mag, sich über die Begriffe klar zu werden, welche der Entwurf mit den Ausdrücken „Vorsatz" und „Fahrlässigkeit" verbindet (vgl. darüber unten S. 14 ff.), so scheinen mir doch vom Standpunkte des Entwurfes folgende Ergebnisse unabweislich. Wenn der Postbote weiß, daß in dem Hause, in welchem er zuzustellen hat, ein bissiger Hund frei umherläuft und er betritt dasselbe dennoch, so darf er sich gegen den Hund durch Verletzung desselben nicht vertheidigen: denn er hat

Digitized by Google

die Gefahr vorausgesehen und mit Wissen und Willen dieselbe für sich herbeigeführt. Und der „ordentliche Hausvater" wird sich hüten müssen, ein Haus zu betreten, in welchem ein bissiger Hund sein könnte, wenn er nicht um sein Ansehen als Mustermensch kommen will. Die Motive führen (I, 350) zur Rechtfertigung dieser Bestimmung den Fall an, daß Jemand das Thier, das ihn angefallen, vorher gereizt hat. Die Verfasser werden wohl selbst nicht annehmen, daß damit die Fälle vorsätzlicher und fahrlässiger Verursachung der Gefahr erschöpfend gekennzeichnet sind.

§ 4. Vorsatz und Fahrlässigkeit.

Der Kriminalist, der sein ganzes Leben lang mit Vorsatz und Fahrlässigkeit zu arbeiten hat, der Freud und Leid genau kennt, welche mit dieser Arbeit verknüpft sind, und die Streitfragen zu würdigen weiß, welche trotz aller wissenschaftlichen Erörterungen und aller Entscheidungen hoher und höchster Gerichtshöfe, mit diesen Begriffen verbunden, von Geschlecht zu Geschlecht sich vererben — den mag wohl ein Gefühl des Neides über die vornehme Sicherheit beschleichen, mit welcher Entwurf und Motive die schwierige Lehre erledigen.

Genauere Betrachtung wird uns freilich auch hier zeigen, daß wir den Grund für die Gewandtheit der Form anderswo als in der völligen Erfassung und Beherrschung des Stoffes zu suchen haben.

Eines fällt uns zunächst auf: die ungleiche Behandlung der beiden Begriffe im Entwurfe selbst. Abweichend von der, freilich wenig begründeten Ueberlieferung unserer Strafgesetzbücher giebt der Entwurf eine Begriffsbestimmung der Fahrlässigkeit. Sie liegt nach § 144 vor, „wenn nicht die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters angewendet wird"[3]).

---

[3]) Nur ganz nebenher möchte ich hervorheben, daß durch § 146 des Entwurfs eine vielbesprochene strafrechtliche Streitfrage ihre Erledigung findet. Es handelt sich um die Auslegung der Worte im St.G.B. § 259 (Sachhehlerei): „Sachen, von denen er weiß oder den Umständen nach annehmen muß, daß sie mittels einer strafbaren Handlung erlangt sind." Man hat in diesen Worten bald eine Regel für den Nachweis des Vorsatzes erblickt, bald sie auf dolus eventualis oder auf culpa lata oder auf omnis culpa bezogen. Vgl. das Nähere in meinem Lehrbuch, 3. Aufl. § 147, Note 7. Der Entwurf sagt: „Im Sinne des Gesetzes ist .... unter Kennenmüssen oder Wissenmüssen ein auf Fahrlässigkeit beruhendes Nichtkennen oder Nichtwissen zu verstehen." Das entspricht vollständig der von jeher von mir vertretenen Auffassung. — Was Hölder Archiv f. d. civ. Praxis LXXIII 135 gegen § 146 Ziff. 3 vorbringt,

Digitized by Google

Eine Begriffsbestimmung des Vorsatzes dagegen fehlt im Entwurf. Die Motive I, 280 sagen aus: „Die auf die Vornahme einer Handlung oder die Herbeiführung eines Erfolges gerichtete Willensbestimmung bezeichnet der Entwurf mit dem St.G.B. als „Vorsatz"; vorsätzlich ist somit gleichbedeutend mit wissentlich und willentlich. Der Entwurf spricht von „„Absicht"", wenn der Zweck bezeichnet werden soll, dessen Erreichung gewollt ist."

Mir ist zunächst nicht klar, weshalb, wenn die Fahrlässigkeit einer Begriffsbestimmung im Gesetze selbst bedarf, eine solche für den Vorsatz als überflüssig betrachtet werden sollte; oder umgekehrt, weshalb, wenn der Begriff des Vorsatzes durchaus klar und selbstverständlich ist, dies bezüglich der Fahrlässigkeit anders sein könnte. Oder sollte § 144 wirklich nichts anderes bezwecken als die Sicherung des deutschen Bürgerrechts für den bonus pater familias?

Eine Nebeneinanderstellung der beiden Begriffsbestimmungen aber würde sofort klar gemacht haben, daß eine derselben nothwendig unrichtig sein muß. Vorsatz und Fahrlässigkeit sind die beiden Arten der Schuld; sie fallen daher beide unter einen gemeinsamen höheren Begriff. Es dürfte schwer halten, aus der Begriffsbestimmung des Vorsatzes in den Motiven und derjenigen der Fahrlässigkeit in § 144 die gemeinsamen Merkmale herauszufinden, den gemeinsamen höheren Begriff zu bilden.

Und doch war es so einfach und naheliegend, das gemeinsame Merkmal in beiden Begriffen und damit das Wesen der Schuld festzustellen. Vorsatz wie Fahrlässigkeit beziehen sich auf den eingetretenen rechtsverletzenden Erfolg; Vorsatz liegt vor, wenn dieser Erfolg vorausgesehen (und damit gebilligt) wurde; Fahrlässigkeit, wenn er nicht vorausgesehen war, aber vorausgesehen werden konnte. Der Entwurf selbst verwerthet diese beiden Fassungen vielfach, insbesondere bei den Deliktsobligationen. Es ist nicht einzusehen, warum er sie hier bei Seite hat liegen lassen.

Demnach ist die in § 144 gegebene Bestimmung der Fahrlässigkeit jedenfalls unzureichend; sie verschweigt das Wesentliche: die Vorausfehbarkeit eines rechtsverletzenden Erfolges. Wenn ich die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters vernachlässige, mein Grundstück verwildern, mein Haus verfallen lasse, wenn ich mein Geld verprasse und um Kinder und Gesinde mich nicht kümmere — so geht das die

---

halte ich nicht für richtig. Daß die Frage nicht dem richterlichen Ermessen anheimgestellt werden darf, beweisen die auf strafrechtlichem Gebiete gemachten Erfahrungen, welche Hölder allerdings nicht zu kennen scheint.

Digitized by Google

dem der Rechtsordnung. Den Verfassern war es auch gar nicht ernst mit der Betonung dieses zweiten Merkmals; überall, wo vorsätzliches Handeln verlangt wird, genügt das „Wissen" des Erfolges, ohne daß von dem „Wollen" desselben die Rede wäre.

Viel gefährlicher als diese rein schulmeisterliche Unrichtigkeit, aus welcher Folgerungen zu ziehen Niemand den Muth haben würde, ist es, wenn die Motive den Vorsatz bestimmen als die auf die Vornahme einer Handlung **oder** die Herbeiführung eines Erfolges gerichtete Willensbestimmung.

Es sollte doch sofort klar sein, daß mit dem „**oder**" eine Spaltung des Begriffes gegeben wird, welche diesen selbst gänzlich unbrauchbar macht. Der Vorsatz in Bezug auf eine Handlung ohne Rücksicht auf deren Erfolg und der Vorsatz in Bezug auf eine Handlung mit Rücksicht auf deren Erfolg sind offensichtlich zwei ganz verschiedene Dinge. Hat man sich aber diesen Unterschied einmal klar gemacht, so muß es auch einleuchten, daß man von Vorsatz eben nur in Beziehung auf den vorgestellten Erfolg sprechen kann. Berücksichtigt man die Handlung allein nach Abzug ihres Erfolges, so kann sie niemals weder eine vorsätzliche noch eine fahrlässige, sondern nur eine willkürliche oder eine nicht willkürliche sein. Auch die Begriffsbestimmung des Vorsatzes ist mithin gänzlich mißglückt.

Vorsatz und Fahrlässigkeit spielen ihre Hauptrolle auf dem Gebiete der Privatdelikte. Ich werde im zweiten Abschnitte meiner Arbeit zu zeigen haben, daß die völlig unklare und unrichtige Auffassung beider Begriffe, welche den Bestimmungen des Entwurfes zu Grunde liegt, gerade auf jenem Gebiete zu ganz unhaltbaren Ergebnissen geführt hat und führen mußte.

Aber das Gebiet der Privatdelikte ist lange nicht das Einzige, auf welchem die Begriffe Vorsatz und Fahrlässigkeit verwerthet werden. In allen Theilen des Privatrechtes finden sie Anwendung; in allen Theilen muß mithin die gerügte Unklarheit verhängnißvoll werden. Und darum mußte ich schon hier auf dieselbe aufmerksam machen.

Der Unklarheit der Begriffe entspricht die stets wechselnde Sprachweise des Entwurfes. Bald wird das Eigenschaftswort „vorsätzlich" oder „fahrlässig" zur Bezeichnung von Handlungen überhaupt oder von bestimmten Handlungen gebraucht: vorsätzliche oder fahrlässige Verursachung einer Gefahr in § 187 oder eines Nothstandes in § 863; vorsätzliche oder fahrlässige Nichterfüllung von Verpflichtungen in § 224; vorsätzliche oder fahrlässige Herbeiführung des Unterganges einer Sache in § 430 Ziff. 1; Vereitelung des bedingten Rechts durch vorsätzliche oder fahrlässige Handlungen in § 134. Dann wird davon gesprochen, daß etwas „aus" Vorsatz oder Fahrlässigkeit geschehen sei. Beispiele

Digitized by Google

bieten § 648: ein Gesellschafter, welcher die ihm obliegenden Pflichten aus Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit verletzt hat; § 2045 erbunwürdig ist, wer aus Vorsatz den Erblasser getödtet; § 931: der unredliche Besitzer hat dem Eigenthümer den aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit verursachten Schaden zu ersetzen, während nach § 749 der Geschäftsführer ohne Auftrag für den Ersatz des durch Vorsatz oder Fahrlässigkeit verursachten Schadens haftet. Vielfach ist die Rede von einer „auf Fahrlässigkeit beruhenden" Unkenntniß (so §§ 76, 345, 877, 1152, 1258, 1563 u. a.); daneben finden wir auch Handlungen, die weder „fahrlässig" sind, noch „aus" Fahrlässigkeit oder „durch" eine solche begangen sind, sondern „auf Fahrlässigkeit beruhen" (§§ 900, 931, 932). Dann werden wieder an anderen Stellen Bestimmungen für den Fall getroffen, daß Jemandem Vorsatz oder Fahrlässigkeit „zur Last fällt" (§§ 97, 99, 442, 589, 827 u. a.), oder daß „in Folge von" grober Fahrlässigkeit irgend ein Erfolg eingetreten ist (§§ 382, 508, 881, 889, 1195, 1564 u. a.). Und neben die einfache und die grobe Fahrlässigkeit tritt in § 638 noch als dritte Art „die grobe Pflichtverletzung".

Wenn es sich nur um eine angenehme Abwechslung der Ausdrücke handelte, so könnte man zwar über diese Frage des guten Geschmacks anderer Ansicht sein, als die Verfasser des Entwurfs, aber es wäre kein Anlaß zu ernsteren Auseinandersetzungen vorhanden. Aber die Sache greift tiefer. Und aus dem Schwanken des Ausdruckes wird sich eine Anzahl von Streitfragen ergeben. Auf die gegen § 187 sprechenden Bedenken bin ich oben S. 13 eingegangen. Im übrigen verweise ich auf die kritische Besprechung der Deliktsobligationen. Was dort gesagt ist, beansprucht Geltung auch für die übrigen Theile des Entwurfs.

§ 5. Gewalt, Drohung, Betrug.

Auch diese Begriffe haben in der strafrechtlichen Litteratur und Rechtsprechung eingehendere Untersuchung gefunden, als auf privatrechtlichem Gebiete. Auch hier wäre mithin eine Berücksichtigung der kriminalistischen Arbeiten und der Ergebnisse, zu welchen sie geführt haben, für die Bestimmungen des Entwurfes in mehr als einer Beziehung von Werth gewesen. Aber auch hier tritt uns, wenn wir die Erörterungen der Motive über die Willensmängel verfolgen, die soeben beachtete Erscheinung in bedauerlicher Klarheit entgegen: die Verfasser des Entwurfes erkennen den Zusammenhang ihres Gegenstandes mit den Bestimmungen des Strafrechts, sie haben den Wunsch, diesen Zusammenhang zu vertiefen und zu festigen, aber sie beherrschen

Digitized by Google

die strafrechtliche Literatur viel zu wenig, als daß sie dieselbe für ihre Zwecke zu verwerthen im Stande wären. Die scheinbare Klarheit und Folgerichtigkeit der Begriffe beruht auch hier auf einer durchaus oberflächlichen Auffassung derselben.

Mot. I 207 lesen wir: „der Entwurf spricht, abweichend von der Mehrzahl der Gesetze, nicht von Zwang oder Erregung von Furcht, sondern im Anschluß an § 253 des St.G.B. von Drohung..... Es wird damit nicht nur der richtige Gedanke in zutreffenderer Weise zum Ausdrucke gebracht, sondern zugleich die Einheit der Behandlung auf strafrechtlichem und privatrechtlichem Gebiete gewahrt. Neben der Drohung mit dem § 253 St.G.B. die Gewalt zu erwähnen, ist Abstand genommen. Einerseits erscheint dies nicht nöthig, weil die Anwendung von Gewalt in der hier fraglichen Hinsicht immer eine Drohung — die Drohung mit der Fortsetzung eines gegenwärtigen Uebels — enthält; andererseits könnte das Mißverständniß entstehen, als habe auch der Fall der vis absoluta getroffen werden sollen."

Daraus ergiebt sich: Nach der Ausdrucksweise des Entwurfs kann ich zur Abgabe einer Willenserklärung nur durch Drohung, nicht durch Gewalt, bestimmt werden. Nach der Ausdrucksweise des St.G.B.'s (§ 253) dagegen kann ich zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung durch Gewalt oder Drohung genöthigt werden. Im Sinne des Strafrechts umfaßt der Ausdruck Gewalt: 1. die Gewalt an der Person des zu Nöthigenden; 2. die Gewalt gegen Dritte; 3. die Gewalt an Sachen. Im Sinne des Entwurfs dagegen ist in den Fällen 2 und 3 stets, im Falle 1, soweit nicht vis absoluta vorliegt, von Drohung zu sprechen. Der Begriff der Drohung ist mithin im Entwurf ein ganz anderer als im Strafrecht, und die „Einheit der Behandlung" auf beiden Gebieten nicht nur nicht gewahrt, sondern unmöglich gemacht.

Das wäre ja zu ertragen. Aber die vom Entwurf hier aufgestellte Unterscheidung von vis absoluta einerseits, von Drohung anderseits ist auch für das Privatrecht unhaltbar, sobald das Gebiet der Willenserklärungen verlassen wird.

Den Beweis liefert § 815 Absatz 3: „Ist die thatsächliche Gewalt über ein Grundstück dem Inhaber durch verbotene Eigenmacht entzogen, so ist derselbe berechtigt, sofort nach erlangter Kenntniß von der Entziehung sich die Inhabung wieder zu verschaffen, mit Gewalt gegen die Person jedoch nur dann, wenn die Wiederverschaffung sofort nach der Entziehung erfolgt, oder wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen nach den Vorschriften des § 189 Selbsthülfe erlaubt ist."

III 113 finden wir dazu die Bemerkung: „Unter Gewalt gegen die Person ist die einen körperlichen Zwang der Person enthaltende

Digitized by Google

Gewalt zu verstehen; denn in gewisser Weise ist jede Gewalt gegen die Person, d. h. gegen den Willen der Person gerichtet."

Damit aber ist die Nothwendigkeit anerkannt, in derselben Weise, wie das Strafrecht es thut, zwischen den Arten der Gewalt zu unterscheiden. Der Gewalt gegen die Person tritt die Gewalt gegen Sachen gegenüber. Diese ist „Gewalt" nach § 815, sie ist „Drohung" nach § 103 des Entwurfs. Eine derartige Verschiedenheit des Ausdruckes für denselben Begriff ist gewiß nicht empfehlenswerth.

Das Strafrecht unterscheidet aber weiter innerhalb der Drohung. Freilich nicht in dem von den Motiven allein in's Auge gefaßten § 253 St.G.B. Wohl aber lesen wir in § 249, wie in § 255 von „Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben". Der Entwurf hat auch diese Unterscheidung stillschweigend abgelehnt.

Das führt zu folgenden Ergebnissen. Durch verbotene Eigenmacht ist mir die thatsächliche Gewalt über meinen außerhalb der Stadt gelegenen Garten entzogen worden. Ein Monat ist verstrichen. Die Voraussetzungen des § 189 sind nicht gegeben. Ich komme zu meinem Garten, um mich wieder in Besitz zu setzen. An der Thüre steht der gegenwärtige Inhaber und weigert mir den Eingang. Ich darf ihn nicht bei Seite schieben: denn das wäre Gewalt gegen die Person. Aber ich darf ihn mit vorgehaltenem Revolver zwingen, mir Platz zu machen: denn das ist nur Drohung. Und wie ist es bei Gewalt gegen dritte Personen? Wenn ich den kleinen Jungen meines Gegners auf dem Heimweg von der Schule auffange und dem Vater erkläre, daß ich den Sohn so lange festhalten werde, bis der fehlerhafte Besitz aufgegeben sei — ist das verbotene Gewalt gegen die Person des Jungen, oder erlaubte Drohung gegen den Vater? Soll es gestattet sein, mit der Tödtung des neben seinem Vater an der Gartenthüre stehenden Jungen zu „drohen", um sich auf diese Weise den entzogenen Besitz wieder zu verschaffen?

Den Begriff der Gewalt kann ein bürgerliches Gesetzbuch ebensowenig entbehren, wie den der Drohung. Beide Begriffe aber bedürfen genauerer Untersuchung und Unterscheidung ihrer Unterarten. Mögen die Ergebnisse der strafrechtlichen Arbeiten, welche diese Unterscheidung zu gewinnen sich bemühten, auch in gar manchen Einzelnheiten zu unmittelbarer gesetzgeberischer Verwerthung noch nicht geeignet sein, im Großen und Ganzen durften sie zweifellos auf Beachtung Anspruch machen. Der einfache Hinweis auf § 253 St.G.B. war in keiner Weise genügend, um dem Privatrecht den Zusammenhang mit dem

Digitized by Google

Strafrecht und die aus diesem Zusammenhange zu ziehenden Früchte zu sichern[6]).

Haben wir im Vorangehenden wenigstens den guten Willen der Verfasser des Entwurfs anerkennen dürfen, mit dem Strafrecht Fühlung zu nehmen, die Begriffsbestimmungen des Strafgesetzbuchs zu verwerthen oder sich doch mit ihnen auseinanderzusetzen, so müssen wir leider eine völlige Nichtberücksichtigung des Strafrechtes feststellen, sobald wir Begriff des Betruges in dem künftigen Gesetzbuch für das Deutsche Reich in's Auge fassen.

Die Aufnahme eines Ausdruckes, mit welchem das Strafrecht einen ganz bestimmten Begriff verbindet, in das System des Privatrechts kann von vornherein nur unter der Voraussetzung als zulässig erscheinen, daß mit demselben Ausdruck auch derselbe Begriff bezeichnet werden soll. Dies gilt aber ganz besonders von dem Ausdruck „Betrug".

Die gesammte strafrechtliche Entwickelung des Betrugsbegriffes besteht in seiner allmählichen, Schritt für Schritt erreichten Loslösung von dem römischen dolus, in dem endlich gelungenen Bemühen, zu einer festen begrifflichen Umgrenzung des Betruges zu gelangen. Heute ist uns der Betrug im Wesentlichen die durch arglistige Täuschung bewirkte Vermögensbeschädigung. Wie wesentlich der Fortschritt ist, den wir mit dieser Vereinfachung des Begriffes gemacht haben, weiß jeder, dem die Geschichte der Strafgesetzgebung nicht völlig fremd geblieben ist. Freilich sprechen gar manche, hier nicht zu erörternde Thatsachen für die Annahme, daß wir dem heutigen Juristen, auch wenn wir ihm die Strafrechtspflege anvertrauen, selbst die gröbste Unwissenheit auf strafrechtlichem Gebiete nicht übel nehmen.

Dem römischen Privatrecht ist diese Befreiung aus dem Banne der Ueberlieferung nicht gelungen. Man lese einmal die betreffenden Ausführungen Windscheid's nach. Da ist die Arglist, der dolus, „das positive Wollen des Erfolges" im Gegensatze zur Fahrlässigkeit, also der Vorsatz des heutigen Strafrechts wie des Entwurfs. „Eine

[6]) Nur nebenher möchte ich darauf hinweisen, daß der Begriff der „Nöthigung" in § 189 Entw. ebenfalls völlig im Dunkeln bleibt, St.G.B. § 240 („Gewalt oder Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen") darf wohl nicht zur Erklärung herangezogen werden. Dann wäre der Ausdruck aber gewiß besser vermieden und ausgesprochen worden, daß es sich darum handelt, die Erfüllung der Verpflichtung „durch Gewalt oder Drohung" herbeizuführen. Damit aber wäre für den Entwurf und seine Begründung eine weitere Veranlassung gegeben, sich über den Inhalt dieser beiden Begriffe und ihr gegenseitiges Verhältniß zu einander auszusprechen.

Digitized by Google

besonders wichtige Form des dolus ist der Betrug." Der Betrug ist mithin nach Windscheid eine Art — des Vorsatzes. Nehmen wir dazu, daß das Wort dolus den Vortheil bietet, Gattung und Art gleichmäßig zu bezeichnen, so ist allen möglichen Irrthümern und Mißverständnissen Thür und Thor geöffnet. Wir haben ja oben S. 17 gesehen, daß die Verfasser der Motive die Ausdrücke: Vorsatz, Absicht, Arglist, dolus ohne weiteres als gleichwerthig betrachten.

Dieser romanistische Betrugsbegriff, der an Unklarheit und Verschwommenheit unmöglich übertroffen werden kann, soll im bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich seine Wiedergeburt feiern. Die Richtigkeit dieser Behauptung wird sich unschwer nachweisen lassen.

Ein besonderes privatrechtliches Delikt des Betruges hat der Entwurf allerdings nicht aufgenommen (II 754). Die §§ 704 und 705 des Entwurfs machen auch in der That eine derartige Bestimmung gänzlich überflüssig. Dagegen spielt der Betrug, neben der Drohung, in anderen Fällen seine Rolle. Er berechtigt nach § 103 zur Anfechtung der abgegebenen Willenserklärung, nach § 1259 Ziff. 1 zur Anfechtung der Ehe; nach § 1780 zur Anfechtung einer letztwilligen Verfügung; nach §§ 2040 und 2041 zur Anfechtung der Erklärung über Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft; es ist nach § 2045 Ziff. 3 derjenige erbunwürdig, welcher den Erblasser durch Betrug zu einer Verfügung von Todeswegen bestimmt hat.

Was bedeutet der Ausdruck in allen diesen Fällen?

Der Antwort, welche die Motive auf diese unsere Frage ertheilen, möchte ich eine nähere Betrachtung widmen.

Zunächst finden wir I, 208 folgende Erklärung:

„Auf die Feststellung des Betrugsbegriffes ist verzichtet. Die für die Tragweite desselben maßgebende Frage, inwieweit eine Rechtspflicht besteht, dem andern Theile Umstände mitzutheilen, von denen vorauszusetzen ist, daß sie auf seine Entschließung von Einfluß sein würden, entzieht sich der gesetzlichen Lösung. Im Allgemeinen stellt sich jeder arglistige Verstoß gegen die Grundsätze von Treu und Glauben zum Nachtheile eines Andern als Betrug dar. Der strafrechtliche Begriff (St.G.B. 263) ist nicht ohne Weiteres maßgebend."

Daraus entnehmen wir, daß folgende Merkmale zusammentreffen müssen, um den Begriff des Betruges zu erfüllen:

1. ein Verstoß gegen Treu und Glauben;
2. dieser Verstoß muß arglistig sein;
3. er muß zum Nachtheil eines Andern gereichen (oder genügt es, wenn er in dieser Absicht vorgenommen ist, ohne sein Ziel zu erreichen?).

Digitized by Google

Man wird, glaube ich, nicht in Abrede stellen können, daß diese Begriffsbestimmung, im Ganzen wie im Einzelnen, sich nicht durch besondere Klarheit und Schärfe auszeichnet. Es ist nun aber auch lehrreich zu sehen, daß der Entwurf selbst sie nicht festhält. Motive II, 754 wird als Betrug bezeichnet: „jede mit Treu und Glauben in Widerspruch tretende, bewußt schädigende Handlungsweise". Es fehlt hier also die „Arglist". Dafür liegt nach S. 755 Betrug vor, wenn Jemand „durch *arglistiges* Handeln gegen Treue und Glauben einem Andern einen Schaden zufügt". Und auf derselben Seite wird „Arglist" einfach als gleichbedeutend mit „Betrug", „arglistig" als gleichbedeutend mit „betrügerisch" genommen. Und diese Gleichstellung des *einen* der drei Merkmale im Betrugsbegriff mit *diesem selbst* begegnet uns auch sonst wiederholt im Entwurf. So haftet nach § 604, wer einem Andern einen Rath oder eine Empfehlung ertheilt hat, für den aus der Befolgung entstandenen Schaden nur dann, wenn er *arglistig* gehandelt hat; und die Motive II, 554 verweisen zur Rechtfertigung dieser Bestimmung einfach auf die actio doli. Aehnlich bezeichnet die „Arglist" II, 845 unzweifelhaft den dolus.

Daraus ergiebt sich aber, daß die Hervorhebung von *Treu und Glauben* neben der Arglist gänzlich überflüssig ist. Ich kann mir auch keinen Fall denken, wo arglistige Schädigung eines Andern den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht widersprechen sollte.

Die scheinbare Begriffsbestimmung des „Betruges" in den Motiven I, 102 hat zur Folge, daß die daselbst hervorgehobenen scheinbaren Begriffsmerkmale nicht weiter bestimmt werden. Was „*Treu und Glauben*" bedeutet, erfahren wir nirgends, auch nicht aus den Bemerkungen zu § 359; alle Bemühungen der kriminalistischen Litteratur, die gänzliche juristische Unbrauchbarkeit dieser rednerischen Floskel nachzuweisen, die publica fides aus der Rechtssprache zu verbannen, all' unser Verlangen, daß, wer künftig diesen Lückenbüßer verwerthet, uns doch sagen möge, was er sich dabei denkt — es ist spurlos an den Verfassern der Motive vorübergegangen. Und auch die „Arglist" wird nirgends bestimmt. Betrug ist Arglist; Arglist ist Vorsatz; und der dolus ist das erste, und zweite und das dritte, jedes einzeln und alle drei zusammen. So wären wir denn glücklich wieder beim dolus angelangt, dem bequemen Zufluchtshafen für jede juristische Gedankenlosigkeit.

Mir scheint doch die Sache möglichst einfach zu liegen. Der Betrug als besonderes Delikt, gleichbedeutend mit der durch arglistige Täuschung bewirkten *Vermögensbeschädigung* ist beseitigt. Der Betrug aber in den oben angeführten Paragraphen des Entwurfs bedeutend etwas Anderes als die Vermögensbeschädigung durch arg-

Digitized by Google

listige Täuschung; er bedeutet die arglistige Täuschung an sich. Der Nachweis eines Schadens ist in keinem dieser Fälle zur Anfechtung erforderlich. Es scheint demnach geboten, die beiden grundverschiedenen Begriffe auch verschieden zu bezeichnen. Warum soll es in § 103 z. B. nicht heißen:

„Ist Jemand zur Abgabe einer Willenserklärung widerrechtlich durch Drohung oder arglistige Täuschung bestimmt worden"?

Die „arglistige Täuschung" ist dem Kriminalisten längst geläufig. Es ist die Täuschung durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Thatsachen (St.G.B. § 263). In dieser Begriffsbestimmung ist jedes einzelne Merkmal von der strafrechtlichen Litteratur und Rechtsprechung scharf und klar herausgearbeitet worden. Auch die den Verfassern der Motive so unbequeme Frage, wann das Schweigen als Unterdrückung erscheint, ist von den Kriminalisten nicht erst gestern oder vorgestern erörtert worden. Es ist uns insbesondere längst klar, daß nicht gerade eine im Gesetze ausdrücklich ausgesprochene Rechtspflicht zur Mittheilung der verschwiegenen Thatsachen vorhanden zu sein braucht.

Daß aber Betrug im Sinne des Entwurfs mit arglistiger Täuschung sich deckt, dafür ließe sich aus dem Entwurfe selbst, sowie aus den Motiven eine Reihe von Belegstellen anführen. § 1259 Ziff. 1 bezeichnet als Betrug ausdrücklich die Verhehlung persönlicher Eigenschaften oder Verhältnisse; Motive IV, 73 heben dazu die „Täuschung über die Vermögensverhältnisse" noch besonders hervor. Die Verschweigung eines Mangels der veräußerten Sache wird II, 229 als „dolus des Veräußerers" gekennzeichnet (ebenso II, 243); dieselbe Auffassung kehrt auch in den §§ 407, 444 und den Erläuterungen dazu sowie an anderen Stellen wieder. Es würde sich also nur darum handeln, die richtige Auffassung zu verallgemeinern und sie im Gesetze selbst in unzweideutiger Weise zum Ausdruck zu bringen.

II. Das privatrechtliche Delikt.

§ 6. Der Begriff des Privatdelikts.

Ich betrachte es als einen wichtigen Fortschritt, daß der Entwurf den Versuch gemacht hat, zu einem einheitlichen Begriffe des Privatdelikts und zu allgemeinen Bestimmungen über dasselbe zu gelangen, neben welchen nur wenige abändernde und ergänzende Vorschriften für die einzelnen Delikte erforderlich sind. Es wird wohl

Digitized by Google

nicht geleugnet werden können, daß die Behandlung der Deliktsobligationen im Pandektenrechte, diese zusammenhangslose Masse veralteter, unbrauchbarer Rechtsregeln, unmöglich die Grundlage unseres künftigen Reichsprivatrechts werden konnte.

Der Entwurf hat den Versuch gemacht, zu einer Neugestaltung des ganzen Gebietes zu gelangen. Daß dieser Versuch nicht völlig gelungen, kann uns nicht Wunder nehmen. Eine befriedigende, d. h. eine den praktischen Bedürfnissen entsprechende Behandlung der Deliktsobligationen ist nicht möglich, wenn der Gesetzgeber sich nicht klar ist, einerseits über Umfang und Inhalt der zu schützenden privatrechtlichen Interessen; anderseits über das Verhältniß des Privatrechts zum Strafrecht. Diese Klarheit haben wir in dem Entwurf auf Schritt und Tritt vermißt. Auf dem Gebiete der Deliktsobligationen treten die Folgen davon deutlicher zu Tage als anderswo. Das Privatrecht wird als reines Vermögensrecht gefaßt; und die Bestimmungen des Strafgesetzbuchs, die Lehren der strafrechtlichen Literatur, die Bedürfnisse der Strafrechtspflege sind den Verfassern des Entwurfs auch dort fremd geblieben, wo sie ausdrücklich auf dieselben Bezug genommen haben. Eine gründliche Umarbeitung des ganzen Abschnitts scheint mir unvermeidlich, aber auch durchaus möglich zu sein. In welcher Richtung dieselbe zu erfolgen hätte, sollen die nachstehenden Ausführungen andeuten. Ich werde in denselben nur die grundlegenden Fragen so weit erörtern, als sie mir Anlaß zur Kritik zu geben scheinen, uns insbesondere es mir versagen, auf die für die „einzelnen unerlaubten Handlungen" gegebenen Vorschriften einzugehen.

Wenn wir, von allen positiv-rechtlichen Beschränkungen absehend, den Begriff des privatrechtlichen Deliktes in möglichster Allgemeinheit zu bestimmen suchen, so gelangen wir zu folgenden Begriffsmerkmalen:

1. Verletzung eines privatrechtlich geschützten Interesses;
2. Widerrechtlichkeit der Verletzung;
3. Schuldhaftigkeit der Verletzung, d. h. Vorsatz oder Fahrlässigkeit des deliktsfähigen Thäters in Beziehung auf den eingetretenen rechtsverletzenden Erfolg.

Das Verhältniß des privatrechtlichen zum strafrechtlichen Delikt ist sofort klar: von einer Verschiedenheit abgesehen, muß der Begriff des Delikts auf beiden Gebieten derselbe sein. Diese Verschiedenheit aber liegt darin, daß das Privatrecht sich damit begnügen kann (nothwendig ist auch das nicht), das Verletzungsdelikt in seinen privatrechtlichen Folgen zu regeln; eine Berücksichtigung des Gefährdungsdeliktes oder des bloßen Ungehorsamsdelikts bleibt dem Privatrecht aus guten Gründen fremd.

Digitized by Google

Privatrecht und Strafrecht unterscheiden sich aber in der Art des Schutzes, den sie gewähren, in den Rechtsfolgen, welche sie mit der Verletzung eines rechtlich geschützten Interesses verbinden. Hier überwiegt die Rücksicht auf die öffentliche Rechtsordnung, dort die auf den Verletzten. Hier ist Rechtsfolge die Strafe, d. h. eine Verletzung des Thäters in seinen rechtlich geschützten Interessen (Leben, Freiheit, Vermögen, Ehre); dort ist Rechtsfolge die Genugthuung (weniger genau: der Schadensersatz), d. h. die volle Wiedergutmachung der dem Verletzten zugefügten Rechtsverletzung.

Strafe und Genugthuung sind mithin begriffliche Gegensätze. Aber sie fallen unter den gemeinsamen höheren Begriff der Bekämpfung des Unrechts. Und darum ist es falsch, den Gegensatz der Begriffe in seiner vollen wissenschaftlichen Schärfe auch in der Gesetzgebung zur Durchführung bringen zu wollen. Die Verurtheilung des Verleumders zu einer mehrmonatigen Freiheitsstrafe ist zugleich eine Genugthuung für den Verleumdeten; und die Geldentschädigung, die der Schuldige an den Verletzten zu zahlen hat, dient zugleich zum Schutze der öffentlichen Rechtsordnung.

Diesen Zusammenhang muß der Gesetzgeber sich vor Augen halten, wenn er das Gebiet der Deliktsobligationen befriedigend regeln will: er wird nicht vergessen dürfen, daß die Privatrechtsfolgen des Delikts die Wirkung der Strafe theils zu ersetzen, theils zu verstärken geeignet sind. Wir werden sehen, daß dem Entwurf dieser Zusammenhang so gut wie völlig entgangen ist.

Wenn die Rechtsfolge des Privatdelikts die Entstehung einer Deliktsobligation ist, deren Inhalt die Haftung für den verursachten Schaden bildet, so erscheint die Deliktsobligation als ein Fall der Schadensersatzpflicht, welcher sich von allen andern zunächst nicht durch den Inhalt der Verbindlichkeit, sondern durch den Entstehungsgrund unterscheidet. Es giebt demnach 1. Fälle, in welchen die Schadensersatzpflicht begründet wird durch eine schuldhafte widerrechtliche Verletzung und 2. Fälle, in welchen sie durch eine schuldlose widerrechtliche Verletzung begründet wird. Denn daß die dem Recht gemäße, also nicht widerrechtliche, Verletzung fremder Interessen eine Ersatzverbindlichkeit zu begründen nicht geeignet sein kann, dürfte keines weiteren Nachweises bedürfen.

Damit war für den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs die unabweisliche Nothwendigkeit gegeben, sich über das Verhältniß dieser beiden Gruppen zu einander klar zu werden. Insbesondere mußte die Frage aufgeworfen und grundsätzlich erörtert werden: ob und in welchen Fällen derjenige, welcher schuldlos, d. h. weder vorsätzlich noch fahrlässig, die rechtlich geschützten Interessen eines

Digitized by Google

Andern verletzt, diesem zum Ersatz des verursachten Schadens verpflichtet ist? Erst durch eine klare und bestimmte Beantwortung dieser Frage hätte die Deliktsobligation die ihr angemessene Stellung im Systeme des Entwurfs bekommen. Erst damit wäre die Möglichkeit begründet gewesen, den Inhalt der Verbindlichkeit näher ins Auge zu fassen und etwa erweiterte Haftung eintreten zu lassen, wenn die Verletzung auf schuldhafter Widerrechtlichkeit beruht. Statt dessen hat der Entwurf in der hergebrachten Weise zwischen Schuldverhältnissen aus Rechtsgeschäften unter Lebenden, aus unerlaubten Handlungen und aus andern Gründen unterschieden. Damit ist das Wesen der Deliktsobligation verdunkelt. Sie charakterisirt sich in erster Linie dadurch, daß sie Ersatzverbindlichkeit ist; erst in zweiter dadurch, daß diese Ersatzverbindlichkeit auf Delikt beruht.

Darin, daß der Entwurf dieses Verhältniß verkennt, liegt der Grund für gar manche Unklarheit, wie z. B. für die gänzlich verworrenen Auseinandersetzungen Motive II, 745. Hierin liegt wohl auch der Grund, weshalb der Entwurf (Motive II, 727 unter d, III, 392) mit der herrschenden Ansicht die Verletzung der aus Schuldverhältnissen entspringenden Verpflichtung niemals als privatrechtliches Delikt betrachten will. Die schuldhafte (d. h. vorsätzliche oder fahrlässige) widerrechtliche Verletzung eines Forderungsrechtes ist für das unbefangene Auge in ihren rechtlichen Voraussetzungen wie in ihren rechtlichen Wirkungen ganz gleich der schuldhaften widerrechtlichen Verletzung eines dinglichen Rechts. Weshalb z. B. der Vertragsbruch des Armeelieferanten (St.G.B. § 329) zwar als Vergehen mit Gefängniß bis zu fünf Jahren und mit dem Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte bestraft werden kann, dagegen privatrechtlich nicht als Delikt erscheinen soll, ist mir unerfindlich. Und wenn der Schuldner nach § 224 des Entwurfs wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit haftet; wenn der Inhalt dieser Haftung die Verbindlichkeit zum Schadensersatz ist; wenn ferner für diesen Fall die Bestimmungen über Deliktsfähigkeit (§§ 708, 709) und nicht diejenigen über Geschäftsfähigkeit (§§ 64 ff.; vgl. Mot. II, 28) Anwendung finden: so weiß ich nicht, worin der Unterschied vom privatrechtlichen Delikt eigentlich gefunden werden soll.

Auf strafrechtlichem Gebiete sind wir endlich so weit, grundsätzlich wenigstens die Möglichkeit zuzugeben, daß der „Vertragsbruch", richtiger die Verletzung von rechtsgeschäftlichen Verpflichtungen, unter Strafe gestellt werde. Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs steht auf dem von uns überwundenen Standpunkte und vermeidet es mit auffallender Aengstlichkeit, für diesen Fall, auf den er doch die Bestimmungen über das Delikt anwendet, den Ausdruck „Delikt"

Digitized by Google

zu gebrauchen. Auch hier fehlt es dem Entwurf an großen Gesichtspunkten, an dem Verständniß für die Umgestaltungen unseres Rechtsbewußtseins; auch hier klebt er an den überlieferten Unterscheidungen des römischen Rechts, auch dort, wo er von denselben sich zu befreien bemüht ist.

§ 7. Das Privatdelikt als Vermögensdelikt.

Die oben gegebene Begriffsbestimmung des Privatdelikts als der schuldhaften rechtswidrigen Verletzung rechtlich geschützter Interessen bedarf den Vorschriften des Entwurfs gegenüber einer wesentlichen Einschränkung. Nicht die Verletzung irgend welcher Interessen ist Delikt, sondern, von den sofort zu besprechenden Ausnahmen abgesehen, nur die Verletzung vermögensrechtlicher Interessen (Motive II, 799 und II, 22). Denn nur an diese wird die das Delikt als solches kennzeichnende Rechtsfolge, die Verbindlichkeit zum Schadensersatze, im Entwurf geknüpft.

Es entspricht diese Vorschrift der für Schuldverhältnisse geltenden Bestimmung des § 221:

„Wegen eines andern als eines Vermögensschadens kann eine Entschädigung nur in den vom Gesetze bestimmten Fällen gefordert werden".

Zur Begründung bemerken die Mot. II, 21:

„Schon in der Einleitung ist erwähnt, daß der Entwurf aus der Anerkennung des Prinzipes, wonach ein vermögensrechtliches Interesse zum Wesen oder zur Gültigkeit und Wirksamkeit eines Schuldverhältnisses nicht gehört, keineswegs die Konsequenz zieht, daß bei Verletzung eines nicht vermögensrechtlichen Interesses durch Zuwiderhandeln gegen eine obligatorische Verpflichtung oder durch Delikt der Anspruch auf eine Ausgleichung durch Leistung eines Ersatzes in Geld zulässig sein solle .... Durch allgemeine Anerkennung eines Entschädigungsanspruches wegen Verletzung eines nicht vermögensrechtlichen Interesses würde dem Richter jene dem deutschen Rechte fremde Souveränität seiner Stellung gegenüber dem Streitverhältnisse beigelegt, welche erst bei Berathung der Civilprozeßordnung nach reiflicher Prüfung als bedenklich erfunden und deshalb verworfen wurde; insbesondere ließen sich Schranken für das Ermessen des Richters kaum aufstellen und wäre der Revisionsrichter im konkreten Falle häufig nicht in der Lage, eine unpassende Ausübung der diskretionären Gewalt des Richters zu korrigiren. Wo die Verletzung einer obligatorischen Verpflichtung in Frage steht, ist das Interesse des Gläubigers im Wesentlichen dadurch gedeckt, daß er die Erfüllung der Verbindlichkeit,

Digitized by Google

soweit sie auf Vertrag beruht, sich durch Ausbedingung einer Konventionalstrafe zu sichern vermag. Anlangend aber den Fall deliktischer Zufügung eines andern als eines Vermögensschadens, so müssen freilich an sich auch die sog. idealen Rechte (!) gegen widerrechtliche Verletzung gesichert und es kann dieser Schutz nicht ausschließlich in das Strafrecht verlegt werden; vielmehr ist dem Verletzten geeignetenfalls nach den Postulaten der Gerechtigkeit auch eine Schadloshaltung zu gewähren".

Gegen diese Begründung ließe sich manches einwenden. Wir werden sehen, daß der Schutz der sogenannten „idealen Rechte" zum größeren Theil doch dem Strafrechte überlassen worden ist. Ob in den Ausnahmsfällen, in welchen der Entwurf Genugthuung für anderen als vermögensrechtlichen Schaden gewährt, die damit gegebene „Souveränität" des Richters dem deutschen Rechte weniger fremd ist als sonst, mag dahingestellt bleiben. Vielleicht ließe sich auch nachweisen, daß die Rechte des Einzelnen und der Gesammtheit nicht der prozessualischen Rechtsmittel wegen da sind, sondern umgekehrt. Man könnte auch fragen, ob die Verabredung einer Konventionalstrafe im täglichen Rechtsleben (z. B. bei der Bestellung einer Ballmusik, der Miethe einer Amme u. s. w.) zweckmäßig und durchführbar ist. Und auch der Zweifel ist wohl gestattet, was eine Schuldverbindlichkeit bedeutet, deren Nichterfüllung keine Rechtsfolgen nach sich zieht.

Aber ich lege auf all' das kein Gewicht. Es handelt sich um einen Grundsatz, dessen Tragweite unendlich viel weiter reicht. Das Privatrecht des Entwurfs ist ausschließlich (oder fast ausschließlich) Vermögensrecht. Mit den „sogenannten idealen Rechten" weiß der Entwurf nichts anzufangen. In das System passen sie nicht; sie müssen sich damit begnügen, wenn ihnen mit Hülfe einer Fiktion (§ 704 Abs. 2) ein Paar Ausnahmebestimmungen gewidmet werden. Darum die Schutzlosigkeit aller immateriellen Rechtsgüter; darum die Beschränkung der Ersatzpflicht auf die Verletzung vermögensrechtlicher Interessen. Wenn Hab' und Gut ihm gesichert sind, was will der deutsche Staatsbürger mehr! Das ist der Grundgedanke des Entwurfs. Es liegt mir daran, daß dieser Zusammenhang nicht übersehen werde.

Ich habe schon oben S. 7 f. betont, daß ich eine Beseitigung dieses durchgreifenden Mangels von einer noch so gründlichen Durcharbeitung des Entwurfs nicht erwarte. Ich gebe mich auch keiner Täuschung darüber hin, daß für die großen kriminalpolitischen Interessen, die hier auf dem Spiele stehen, in den Kreisen unserer Juristen wenigstens heute noch kein Verständniß vorhanden ist. Daß ein ergiebigerer privatrechtlicher Schutz auch der nicht vermögensrecht-

Digitized by Google

lichen Interessen eine Beschränkung der kurzzeitigen Freiheitsstrafen, dieses verkehrtesten aller Strafmittel; daß er eine Beseitigung der Privatklage, dieser ungesundesten unter allen strafprozessualischen Einrichtungen; daß er eine gründliche Umgestaltung unserer Geldstrafe, deren Anwendung vielfach ein Hohn auf die Gerechtigkeit ist; daß er dies und manch' anderes noch ermöglichen und sichern würde: das sind Gesichtspunkte, die ich kaum anzudeuten wage.

Die Zeit wird kommen, und bald kommen, in welcher auch diese Fragen Erörterung und Lösung fordern. Heute und an dieser Stelle muß ich mich wohl darauf beschränken, nicht die Regel, d. h. die Beschränkung des privatrechtlichen Schutzes auf vermögensrechtliche Interessen, sondern die von dieser Regel im Entwurfe zugelassenen Ausnahmen kritisch ins Auge zu fassen.

Die regelmäßige Schutzlosigkeit materieller Interessen erleidet Ausnahmen einmal durch die reichsgesetzlichen Vorschriften über die Buße, welche durch § 721 des Entwurfs als „unberührt" ausdrücklich bezeichnet werden; weiter durch die Vorschriften des Entwurfs selbst in den §§ 728, 734, 735, 736. Nach § 728 (die §§ 734 bis 736 beschränken sich darauf, auf ihn zu verweisen) kann dem Verletzten von dem Gericht in gewissen Fällen „auch wegen eines anderen als eines Vermögensschadens nach freiem Ermessen eine billige Geldentschädigung zugesprochen werden. Der Anspruch auf diese Entschädigung geht weder auf den Erben des Berechtigten über, noch ist er übertragbar, es sei denn, daß er vertragsmäßig anerkannt oder rechtshängig geworden ist."

Die Fälle, in welchen § 728 Anwendung findet, sind die folgenden:

1. wenn jemand einen Anderen aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit durch eine widerrechtliche Handlung an Körper oder Gesundheit verletzt;
2. wenn jemand einem Anderen aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit durch eine widerrechtliche Handlung die persönliche Freiheit entzieht;
3. wenn gegen eine Frau durch Vollziehung des Beischlafes eine der in den §§ 176, 177, 179, 182 des St.G.B.'s bezeichneten strafbaren Handlungen (Nöthigung zum Beischlaf, eigentliche Nothzucht, Verleitung zum Beischlaf, Verführung eines unbescholtenen Mädchens unter 16 Jahren) begangen ist.

Manches kleinere Bedenken ließe sich gegen diese Bestimmung geltend machen. Es hätte sich wohl empfohlen, die Fassung des Strafgesetzbuchs zu berücksichtigen. Wenn St.G.B. § 223 sagt: „wer vorsätzlich einen anderen körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit beschädigt", so ist nicht gut einzusehen, weshalb der

Digitized by Google

Entwurf eine abweichende Ausdrucksweise gewählt hat. Wenn der Entwurf von „Freiheitsentziehung“ spricht, so kann ich nur annehmen, daß damit jenes Delikt gemeint sei, welches in der Strafrechtspflege diesen Namen führt, also St.G.B. § 239; die Begründung des Entwurfes belehrt uns aber darüber, daß künftighin privatrechtlich auch solche Delikte als „Freiheitsentziehung“ bezeichnet werden sollen, welche strafrechtlich niemals so genannt worden sind, nämlich Menschenraub, Kinderraub und Entführung. Sollte mir darauf geantwortet worden, der Ausdruck „Entziehung der Freiheit“ bedeute eben alle Delikte „gegen die Freiheit“, so wäre das wiederum falsch; denn zu den Freiheitsdelikten in diesem weiteren Sinne rechnet das St.G.B. ja auch Nöthigung und Bedrohung.

Wie steht es ferner mit dem Falle des § 226 St.G.B., der sog. „Körperverletzung mit tödtlichem Ausgang?“ Wenn der Verletzte seinen Entschädigungsanspruch noch anhängig machen kann, so geht dieser auf die Erben über; stirbt er sofort, so haben diese weder den Anspruch auf Entschädigung, noch auch, da vorsätzliche oder fahrlässige Tödtung ausgeschlossen ist, die Ansprüche aus §§ 722 bis 725 des Entwurfs.

Derartige Fehler konnten bei einer, wenn auch nur oberflächlichen Kenntniß der strafrechtlichen Bestimmungen leicht vermieden werden.

Viel wichtiger noch scheint mir ein anderer Punkt.

Die Buße der Strafgesetzgebung wird nicht nur beibehalten, sondern recht wesentlich erweitert. Und das ist einer der schlimmsten Fehler des Entwurfs. Ist es den Verfassern des Entwurfs gänzlich unbekannt geblieben, daß das Institut der Buße, wie es durch die bisherigen Reichsgesetze geregelt ist, zu den größten Bedenken Anlaß giebt, zu den schwierigsten und unangenehmsten Streitfragen in der praktischen Handhabung führt? daß es einer besonderen Rechtfertigung für die Beibehaltung der Buße in dem bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich bedurfte? Und hat man sich, wenn man das nicht wußte, klar gemacht, welche Folgerungen sich aus dem Nebeneinanderbestehen der strafrechtlichen Buße und dem Entschädigungsanspruche nach § 728 des Entwurfs ergeben?

Der Bußanspruch wird vor den Strafgerichten verfolgt, der Entschädigungsanspruch vor den Civilgerichten; dort entscheiden (bei Privatklage) die Schöffen, hier die gelehrten Richter; dort ist, wenn die Sache vor der Strafkammer abgeurtheilt wurde (bei Nebenklage), die Berufung ausgeschlossen, hier ist sie zugelassen; dort dürfen die Erben den Anspruch weder erheben, noch fortsetzen, hier wird der Anspruch unter Umständen nicht nur vererbt, sondern sogar auf den Sondernachfolger übertragen; dort bestimmt sich die Zurechnungsfähigkeit nach den Grundsätzen des Strafgesetzbuchs, hier nach denjenigen des bürgerlichen Rechts;

Digitized by Google

dort andere Grundsätze für die Verjährung wie hier; dort die Möglichkeit, daß durch Niederschlagung des Strafverfahrens die Geltendmachung des Anspruchs vereitelt wird, während hier eine solche Möglichkeit ausgeschlossen ist.

Und nun im Einzelnen. Nach St.G.B. § 231 Abs. 2 schließt die unbedeutendste Buße, welche der Strafrichter zuerkannt hat, die Geltendmachung eines weiteren Entschädigungsanspruches aus; entsprechende Wirkung auf die Buße ist der privatrechtlichen Entschädigung nicht (wenigstens nicht ausdrücklich) eingeräumt. Bei Körperverletzung hat der Verletzte die Wahl zwischen der Buße und der Entschädigung des § 728; bei der Beleidigung ist er auf das Strafverfahren angewiesen. Dort ist weder Eintritt noch Nachweis eines Schadens erforderlich; hier ist Voraussetzung, daß die Beleidigung „nachtheilige Folgen für die Vermögensverhältnisse, den Erwerb oder das Fortkommen des Beleidigten" mit sich bringt. Bei der Beleidigung des § 185 St.G.B. (also abgesehen von übler Nachrede und Verleumdung) ist die Buße ganz ausgeschlossen: die schwerste Beleidigung also erzeugt den Anspruch nicht, den die leichteste Körperverletzung dem Beschädigten in Doppelgestalt zur Auswahl verleiht. Bei der geringfügigsten Freiheitsentziehung wird Entschädigung zugesprochen; der unverschämteste Hausfriedensbruch berechtigt den Verletzten nur zum Ersatz des vermögensrechtlichen Schadens. Für den äußerst selten vorkommenden Fall des § 179 St.G.B. hat der Entwurf Vorsorge getroffen; wenn aber ein unbescholtenes Mädchen am Tage nach ihrem sechzehnten Geburtstage verführt wird, ist es auf den Ersatz des vermögensrechtlichen Schadens angewiesen. Wenn ich ein Kind eine Stunde einsperre, bin ich ihm Genugthuung schuldig; wenn ich seinen Personenstand verändere, so kümmert sich der Richter nur um etwaige finanzielle Folgen.

Ich finde in all' dem keinen Zusammenhang, kein Verhältniß, keinen Grundgedanken. Will man dem deutschen Richter „jene dem deutschen Rechte fremde Souveränität" nicht zugestehen, fürchtet man „eine unpassende Ausübung der diskretionären Gewalt", so streiche man getrost den § 728 des Entwurfs und die von der Buße handelnden Bestimmungen der übrigen Reichsgesetze. Die willkürliche, prinziplose Zulassung einzelner Ausnahmen würde in der Rechtsprechung unerträglicher wirken, als die gänzliche Versagung des Anspruchs auf Entschädigung für anderen als vermögensrechtlichen Schaden. Diese Versagung wäre ja doch nur von vorübergehender Bedeutung; auf die Dauer wird sich das deutsche Rechtsbewußtsein eine solche Vergewaltigung durch romanisirende Engherzigkeit sicherlich nicht gefallen lassen.

Digitized by Google

§ 8. Die Widerrechtlichkeit der Verletzung.

Die Verletzung eines rechtlich geschützten Interesses erscheint nur dann als Delikt, wenn und soweit sie eine widerrechtliche ist. Dieser Satz gilt für das Privatrecht in derselben Weise wie für das Strafrecht. Es ist nun sehr lehrreich, die Behandlung dieses Satzes in den Motiven mit derjenigen zu vergleichen, welche er in dem ersten besten Lehrbuche des Strafrechts gefunden hat. Uns Kriminalisten fällt es nicht ein, das Merkmal der Widerrechtlichkeit positiv bestimmen zu wollen; wir sind uns völlig klar darüber, daß jede Verletzung rechtlich geschützter Interessen eines Anderen grundsätzlich eine Rechtswidrigkeit ist. Für uns handelt es sich nur darum, die Ausnahmen möglichst vollzählig und möglichst vollständig zu umschreiben, in welchen aus besonderen Gründen die Rechtswidrigkeit entfällt. Die strafrechtliche Lehre von der Rechtswidrigkeit ist die Darstellung der Gründe für den Wegfall derselben. Wir untersuchen nicht, in welchen Fällen es rechtswidrig ist, zu tödten, zu schlagen, wegzunehmen usw., sondern wir untersuchen, unter welchen Voraussetzungen Tödtung, Körperverletzung, Wegnahme einer fremden Sache usw. ausnahmsweise nicht rechtswidrig sind.

Es ist aus den Motiven nicht ersichtlich, ob den Verfassern des Entwurfs diese Art der Behandlung der Frage unbekannt geblieben ist, oder ob sie besondere Gründe hatten, dieselbe gänzlich unbeachtet zu lassen. Die Motive unterscheiden vier Gruppen der widerrechtlichen Handlung (II 726):

1. Das Handeln gegen ein absolutes Verbotsgesetz. „Doch kommen hierbei nicht bloß solche Gesetze in Betracht, welche unmittelbar ein Verbot zum Gegenstande haben, vielmehr auch diejenigen, welche mittelbar, insbesondere in der Form einer Strafandrohung, ein Verbot enthalten. Bei solchen Verboten giebt die Strafandrohung durch die bestimmten Voraussetzungen der Strafbarkeit die Grenzen des Verbotes. Wird nur die vorsätzliche Handlung mit Strafe bedroht, so kann die nur fahrlässige Handlung auf Grund des in dem Strafgesetze enthaltenen Verbotes nicht als widerrechtlich angesehen werden."
2. Die Verletzung des einem Anderen zustehenden absoluten Rechtes, wozu auch Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit und Ehre gerechnet werden.
3. Illoyale Handlungen nach der sofort näher zu besprechenden Bestimmung des § 705.

Digitized by Google

4. Die Verletzung der Rechte aus einem Schuldverhältnisse, die aber (vergl. oben S. 28) überhaupt nicht unter den Gesichtspunkt des Deliktes fällt.

Es wird wohl nicht möglich sein, einen einheitlichen Grundsatz für diese Vierteilung aufzufinden. Keines Beweises bedarf es insbesondere für die Einwendung, daß die Gruppen 1 und 2 fast völlig in einander fallen. Verletzung des Lebens (Gruppe 2) ist doch zweifellos Handeln gegen ein absolutes, im Strafgesetze mittelbar ausgesprochenes Verbotsgesetz (Gruppe 1).

Damit allein wäre die Unrichtigkeit der ganzen Eintheilung nachgewiesen. Dazu kommt nun noch die denkwürdige Vorschrift des § 705, welche nur aus der ganz unklaren Auffassung der „Widerrechtlichkeit" heraus überhaupt erklärt und verstanden werden kann.

„Als widerrechtlich gilt auch die kraft der allgemeinen Freiheit an sich erlaubte Handlung, wenn sie einem Anderen zum Schaden gereicht und ihre Vornahme gegen die guten Sitten verstößt."

Erläuternd fügen die Motive II 727 hinzu:

„Wer ein besonderes Recht ausübt, muß immer haftfrei sein, auch wenn er aus Chikane handelt; wer dagegen nur Kraft seiner natürlichen Freiheit handelt, darf diese nicht zum Schaden Anderer mißbrauchen; ein Mißbrauch ist es aber, wenn seine Handlungsweise den in den guten Sitten sich ausprägenden Auffassungen und dem Anstandsgefühle aller billig und gerecht Denkenden widerspricht."

Mir ist diese Auffassung gänzlich unverständlich geblieben. Ich will nicht davon sprechen, daß die „allgemeine" oder „natürliche Freiheit" sehr nach naturrechtlichem Rationalismus schmeckt und daß der „Verstoß gegen die guten Sitten" (die boni mores der Römer) sich schwer juristisch fassen läßt. Auch das möchte ich nicht betonen, daß durch § 705 dem „ordentlichen Hausvater" ein recht gefährlicher Nebenbuhler an die Seite gestellt wird: der „loyale" oder der „gut gesittete" Hausvater, der nicht bloß für das Gedeihen seines Hauses, sondern auch für Wohl und Wehe seiner Mitmenschen eifrig besorgt ist.

Aber ich kann mir eben (und das ist das Entscheidende) keinen Fall denken, in welchem die vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung rechtlich geschützter fremder Interessen, falls nicht eine besondere Berechtigung oder Verpflichtung zu derselben gegeben ist, den guten Sitten und der Rechtsordnung nicht widersprechen sollte, in welchem die „illoyale" Handlung im Sinne des Entwurfs nicht auch eine rechtswidrige wäre.

Kehren wir aber noch einmal zu der ersten Gruppe der rechtswidrigen Handlungen zurück: Handlungen gegen ein absolutes Verbotsgesetz. Von Gebotsgesetzen scheinen die Motive nichts zu

Digitized by Google

wissen. Daraus folgt, daß, wenn § 704 die „Handlung" als „Thun oder Unterlassen" näher bestimmt, doch nur die gegen ein Verbotsgesetz gerichtete Unterlassung, nicht aber die Unterlassung eines gebotenen Thuns im Entwurf als Delikt anerkannt ist. Das sog. reine Unterlassungsdelikt ist dem Entwurf fremd geblieben.

Das finden die Motive auch ganz selbstverständlich. II 815 sagen sie:

„Der Entwurf geht im Einklange mit dem in den meisten, wenn nicht in allen deutschen Rechtsgebieten geltenden Recht davon aus, daß es bedenklich sein würde und überdies kein Bedürfniß vorliegt, den Besitzer jeder, auch einer beweglichen Sache zu verpflichten, die letztere mit der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters in dem Stande zu erhalten, welcher die Möglichkeit der Beschädigung eines Dritten ausschließt." Und aus den Ausführungen II 811 können wir entnehmen, daß auch der Besitzer eines Thieres, soweit nicht etwa polizeiliche Vorschriften eingreifen, zur Beaufsichtigung des Thieres nach Ansicht der Verfasser des Entwurfs nicht verpflichtet ist.

Was soll der Kriminalist zu solchen Rechtsanschauungen sagen? Die „reine" Unterlassung ist Delikt im strafrechtlichen Sinn; sie ist es nicht im privatrechtlichen. Sie zieht Strafe nach sich, aber die Entschädigungspflicht ist ausgeschlossen. Der „ordentliche Hausvater" braucht sich bezüglich seiner beweglichen Sachen um nichts weiter zu kümmern, als um die Beobachtung der Polizeivorschriften.

Es ist wichtig, diese Auffassung bis zu ihrer Wurzel zu verfolgen. Sie liegt in dem Mot. II 725 mit dürren Worten ausgesprochenen Satze: „was nicht widerrechtlich ist, ist erlaubt". Von diesem Standpunkte aus war es begreiflich, daß die Frage aufgeworfen und beantwortet werden mußte: „was ist widerrechtlich?" Und es war weiter begreiflich, daß bei dieser Beantwortung, welche mühsam auf allen Rechtsgebieten nach den „Verboten" suchte, eine Lücke entstehen mußte, zu deren Ausfüllung § 705 bestimmt wurde. Es giebt ja noch keine Polizeiverordnung, welche kurz und gut, aber ausdrücklich es ausspräche: du sollst nicht illoyal handeln.

Jener tiefsinnige Satz, daß alles erlaubt sei, was nicht verboten worden, ist so falsch wie nur möglich.

Es handelt sich ja, meine ich, bei den Deliktsobligationen nicht um beliebiges, rechtlich gleichgültiges Thun oder Unterlassen, nicht um ein „was" überhaupt; sondern es handelt sich um Rechtsverletzungen, um schädigenden Eingriff in fremde Rechtskreise. Auf diese angewendet, ist jener Satz nicht bloß nichtssagend („eine Widerrechtlichkeit, die nicht widerrechtlich ist, ist erlaubt"), sondern offensichtlich verkehrt.

Digitized by Google

Er muß lauten: „die Verletzung fremder rechtlich geschützter Interessen ist verboten, soweit sie nicht ausnahmsweise aus besonderen Gründen erlaubt ist. Es giebt keine „allgemeine Freiheit", die rechtlich geschützten Interessen Anderer nach Laune und Belieben zu verletzen. Es blieb dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich vorbehalten, dieses Grundrecht der „allgemeinen Freiheit" zu Rechtsverletzungen aufzustellen und damit den ethischen Charakter der Rechtsordnung zu leugnen. Aus der strafrechtlichen Litteratur aber hätten die Verfasser des Entwurfs lernen können, daß nicht die ausnahmsweise Rechtswidrigkeit der Rechtsverletzung, sondern ihre ausnahmsweise Rechtmäßigkeit den Gegenstand wissenschaftlicher Untersuchung und gesetzlicher Umgrenzung zu bilden hatte.

Es hängt noch eine andere Frage mit dem Gesagten zusammen. Ich spreche als Kriminalist von „widerrechtlicher Verletzung". Der Entwurf dagegen spricht in § 704, wie bei den einzelnen Delikten, von der „Verletzung durch eine widerrechtliche Handlung". Er sagt nicht: „wer vorsätzlich oder fahrlässig einen Anderen widerrechtlich tödtet", sondern bestimmt in § 722: „wer aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit einen Anderen durch eine widerrechtliche Handlung tödtet."

Dieser Unterschied in der Fassung ist höchst bezeichnend. Vom Standpunkte des Entwurfs aus müssen wir sagen: die Tödtung eines Menschen ist an sich gar nicht widerrechtlich; sie wird es erst, wenn sie durch eine rechtswidrige Handlung herbeigeführt worden ist. Der Kriminalist dagegen hat von jeher gelehrt: die Tödtung eines Menschen ist an sich rechtswidrig; es giebt aber gewisse, genau zu umschreibende Ausnahmsfälle, in welchen sie gestattet oder sogar geboten sein kann.

Welche der beiden Auffassungen theoretisch die richtige ist, mögen Andere beurtheilen. Daß sie auch praktisch zu ganz verschiedenen Folgerungen führen müssen, wird wohl nicht bestritten werden können. Nur ein Beispiel möchte ich hervorheben.

§ 706 lautet:

„Hat der Beschädigte in die beschädigende Handlung eingewilligt, so steht ihm ein Anspruch auf Schadensersatz nicht zu."

Auch hier spricht der Entwurf nicht von der Einwilligung in die Verletzung, sondern in die, die Verletzung verursachende Handlung. Es ist aber doch klar, daß nur die Einwilligung in die Verletzung selbst gemeint sein kann. Denn in die „beschädigende" Handlung habe ich sicher nicht eingewilligt, wenn ich ihren Charakter als einer beschädigenden nicht kannte, also den Eintritt der durch die Handlung verursachten Rechtsverletzung nicht vorhergesehen habe. Hätte man sich

Digitized by Google

schädigten und den einem solchen zu gewährenden Schutz". Das ist wieder die engherzige Auffassung der privatrechtlichen Doktrin, die nur subjektive Rechte kennt und selbst das Leben nur in der Umhüllung einer Fiktion als schutzwürdig anzuerkennen vermag. Also: der Hochverräther, der Meineidige, der Urkundenfälscher, der Anarchist — sie haften nur für den schuldhaft verursachten Schaden; wer irgend ein Privatrecht verletzt, der muß auch den nicht voraussehbaren Schaden ersetzen. Der geringste Angriff auf das unbedeutendste Vermögensrecht gilt dem Entwurf höher, als der Umsturz des Staates und der Verrath des Vaterlandes.

Vom Standpunkte der Delikts*obligation* aus kann man m. E. nur zur Haftung für vorsätzlich oder fahrlässig verursachten Schaden gelangen. Will man darüber hinausgehen, so darf es keinen Unterschied machen, ob die den Schaden verursachende Handlung ein subjektives Privatrecht verletzt oder „nur" Interessen, von deren Erhaltung Wohl und Wehe der Gesammtheit abhängt.

Die genauere Betrachtung des § 704 zeigt uns aber auch ganz deutlich, daß, wie bereits oben S. 37 erwähnt, die im Entwurf beliebte Betonung der Widerrechtlichkeit der Handlung einer richtigen Auffassung des Schuldmomentes unmöglich macht.

Vorsatz und Fahrlässigkeit müssen sich auf die Verursachung des Vermögensschadens beziehen. Das ist die einfache, ungekünstelte Konstruktion des Privatdelikts, wenn wir uns nun einmal auf den Schutz vermögensrechtlicher Interessen beschränken wollen. Der § 704 muß das auch anerkennen. Aber er umschreibt die beiden Ausdrücke. Er spricht nicht von „vorsätzlicher oder fahrlässiger Zufügung eines Schadens", sondern von der „Zufügung eines Schadens, dessen Entstehung der Thäter vorausgesehen hat oder voraussehen mußte". Das ist inhaltlich dasselbe. In der That verlangen Mot. II 727 ausdrücklich, daß „Vorsatz und Fahrlässigkeit sich auch auf die Schadenszufügung beziehen". Die Ausdrücke Vorsatz und Fahrlässigkeit aber werden im Entwurf selbst nur zur Bezeichnung der den Schaden verursachenden widerrechtlichen Handlung verwerthet.

Und so enthält der erste Absatz des § 704 allein **vier** verschiedene Formen des privatrechtlichen Delikts:

1. vorsätzliche Schädigung durch eine vorsätzliche widerrechtliche Handlung;
2. vorsätzliche Schädigung durch eine fahrlässige widerrechtliche Handlung;
3. fahrlässige Schädigung durch eine vorsätzliche widerrechtliche Handlung;

Digitized by Google

4. fahrlässige Schädigung durch eine fahrlässige widerrechtliche Handlung.

Setzen wir in dieses Schema die „illoyale" Handlung des § 705 ein, so gewinnen wir vier weitere Formen des Delikts.

Dann kommt noch der zweite Absatz des § 704 mit der 9. und 10. Form:

Schuldlose Schädigung 9. durch vorsätzliche und 10. durch fahrlässige widerrechtliche das Recht eines Anderen verletzende Handlung.

Bedarf es eines Beweises dafür, daß die Ersetzung des einheitlichen Deliktsbegriffes, mit dem das Strafrecht arbeitet, durch diese **zehn** Deliktsformen wissenschaftlich wie praktisch keinen Fortschritt bedeutet?!

Und nun denke man an alle diejenigen Fälle, die bei der kasuistischen Fassung des Entwurfs aus dem Begriffe des Privatdelikts ausscheiden. Ich will nur einen Fall hervorheben.

Nach dem Entwurf ist nicht Delikt die vorsätzliche Schädigung durch eine widerrechtliche, aber nicht „aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit" begangene Handlung. Das wird praktisch höchst wichtig, da nach § 707 die Ersatzpflicht ausgeschlossen ist, wenn der Thäter die beschädigende Handlung „aus entschuldbarem Irrthum für erlaubt gehalten" hat. Wir nehmen an, der Thäter hat Feuerwerkskörper abgebrannt, ohne das Verbot des § 368 Ziff. 7 des St.G.B. zu kennen, aber in klarster Voraussicht, daß dadurch fremdes Eigenthum geschädigt werden müsse; er hat also vorsätzlich einem Anderen einen Vermögensschaden zugefügt, u. z. durch eine verbotene, mithin widerrechtliche Handlung; dennoch haftet er nicht für den Ersatz des von ihm verursachten Schadens! Es ist ein schlechter Trost, wenn die Motive II, 731 sagen: „Besteht der Rechtsirrthum nur darin, daß die Rechtsnorm nicht gekannt wird, welche eine Handlung verbietet oder gebietet, so wird sich allerdings nur unter besonderen Umständen Entschuldbarkeit des Irrthumes annehmen lassen; für solche Fälle wird also nur äußerst selten eine Disharmonie mit strafrechtlichen Grundsätzen eintreten." Ist es wirklich den Verfassern des Entwurfs noch niemals vorgekommen, daß ihnen selbst oder ihren nicht juristischen Freunden trotz aller „Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters" diese oder jene polizeiliche Vorschrift unbekannt geblieben ist? Und sollte es wirklich so leicht sein, im Einzelfall zu erkennen, ob eine Handlung eine „illoyale" im Sinne des § 705 ist oder nicht?

Die Trennung der Verletzung von der sie herbeiführenden Handlung wird also auch hier verhängnißvoll. Will man wirklich das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit in den Schuldbegriff aufnehmen, was ich an sich für fehlerhaft halte, so kann es sich stets nur um das

Digitized by Google

Bewußtsein handeln, daß die Verletzung eine rechtswidrige sei. Die Bestimmungen des Entwurfs haben auch hier den an sich durchaus einfachen und klaren Sachverhalt verdunkelt und verwirrt.

§ 10. Die Deliktsfähigkeit.

Voraussetzung der Schuld ist die Deliktsfähigkeit. Dieser Satz gilt für das Civilrecht wie für das Strafrecht. Aber damit ist nicht gesagt, daß die Bestimmungen über Deliktsfähigkeit auf beiden Rechtsgebieten inhaltlich dieselben zu sein brauchen. Die Gesetzgebung kann entweder die strafrechtlichen Grundsätze über Zurechnungsfähigkeit oder die privatrechtlichen Grundsatze über Handlungsbez. Geschäftsfähigkeit maßgebend sein lassen, oder aber besondere Grundsätze über Deliktsfähigkeit aufstellen. Ob sie das eine oder das andere thut, wird von der Stellung abhängen, die dem Privatdelikte innerhalb des privatrechtlichen Systems eingeräumt wird. Ist die Deliktsobligation schlechthin Verbindlichkeit zum Ersatz vermögensrechtlichen Schadens, begründet durch die zugefügte Verletzung, inhaltlich nicht unterschieden von der Ersatzpflicht, welche in anderen Gründen ihre Entstehung hat: dann liegt m. E. keinerlei Grund vor, die Deliktsfähigkeit abweichend von der allgemeinen privatrechtlichen Handlungsfähigkeit zu bestimmen. Erblickt man aber das Wesen des Privatdelikts in dem schuldhaften Eingriff in fremde Rechtskreise, erweitert man eben wegen dieser Schuldhaftigkeit die Genugthuungspflicht: dann muß die Deliktsfähigkeit des Privatrechts angeknüpft werden an den strafrechtlichen Begriff der Zurechnungsfähigkeit. Die geringste Berechtigung hat die Aufstellung besonderer Vorschriften. Es kann für die Rechtsprechung wie für das Rechtsleben selbst nur verwirrend wirken, wenn andere Altersstufen maßgebend sind für die Geschäftsfähigkeit, andere für die Zurechnungsfähigkeit, andere für die Deliktsfähigkeit.

Der Entwurf hat diesen letzten Standpunkt eingenommen, welcher theoretisch als unbegründet, praktisch als unzweckmäßig bezeichnet werden muß. Es entspricht dieser Standpunkt freilich der den Entwurf überhaupt beherrschenden Unklarheit über das Wesen des Privatdelikts.

Aber auch von diesem einen grundsätzlichen Fehler abgesehen, geben die Bestimmungen des Entwurfs zu mannigfachen Bedenken Anlaß.

Nicht freilich die Bestimmung des § 46, durch welche die De-

Digitized by Google

liktsfähigkeit der Körperschaft ausgeschlossen wird[9]). Denn solange wir auf strafrechtlichem Gebiete die Möglichkeit eines Körperschaftsdelikts leugnen, kann uns die privatrechtliche Anerkennung dieser Möglichkeit wenig helfen. Ist erst einmal die romanistische Auffassung überwunden, nach welcher die Körperschaft nur eine juristische Fiktion, „ein künstlich geschaffenes Rechtssubjekt" (Mot. IV, 1083) ist, haben wir uns erst einmal klar gemacht, welche Fülle des kräftigsten und selbständigsten Lebens in den körperschaftlichen Gebilden uns gegeben ist, dann werden die richtigen Folgerungen sich von selber einstellen.

Aber andere Fehler müssen gerügt werden. So der zweite Satz des § 708: der Thäter „ist jedoch für den Schaden verantwortlich, wenn der Vernunftgebrauch durch selbstverschuldete Betrunkenheit ausgeschlossen war". Zunächst ist die Beschränkung auf Trunkenheit nicht gerechtfertigt. Der Zustand des hypnotischen Schlafes z. B. beansprucht die gleiche Beachtung. Und da nicht nur ein Thun, sondern ebensogut ein Unterlassen in Frage sein kann (vgl. § 704 erster Satz), so können auch die sämmtlichen Betäubungsmittel eine Rolle spielen. Eine besondere Bestimmung ist für alle diese Fälle gänzlich überflüssig: das Reichsstrafgesetzbuch hat auch aus guten Gründen davon abgesehen, dieselben gesetzlich regeln zu wollen, und die Aufnahme einer entsprechenden Vorschrift in den Entwurf eines Trunkenheitsgesetzes (1881) hat ziemlich allgemeine Mißbilligung gefunden. Der Satz des § 708 ist aber auch inhaltlich falsch. Nicht darauf kann es ankommen, ob die Trunkenheit „selbstverschuldet", das soll wohl heißen vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt ist, sondern darauf, ob Vorsatz oder Fahrlässigkeit in Beziehung auf den eingetretenen Schaden vorgelegen hat. Auch über diese Frage hätten die Verfasser des Entwurfs in der strafrechtlichen Literatur manche recht brauchbare Aufklärung gefunden.

Auch § 709 muß als mißlungen bezeichnet werden. „Hat eine Person nach zurückgelegtem Kindesalter, aber vor zurückgelegtem achtzehnten Lebensjahre eine unerlaubte Handlung begangen, so ist sie für den daraus entstandenen Schaden nicht verantwortlich, wenn sie bei Begehung der Handlung die zur Erkenntniß der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht nicht besaß".

---

[9]) Sie wird ausgeschlossen; denn die Haftung für die durch fremdes Delikt begründete Ersatzpflicht kann nur dann als Haftung aus Delikt angesehen werden, wenn sie auf Verschulden des Haftenden begründet wird. Das geschieht in § 46 nicht. Vgl. auch Motive I, 103. Ich kann daher Gierke nicht beistimmen, so gern ich als grundsätzlicher Vertreter der Möglichkeit eines Körperschaftsdelikts es thun möchte.

Digitized by Google

Der Anschluß an die Fassung des St.G.B. ist offensichtlich. Ob die Prüfung im Einzelfalle der Aufgabe der Civilrechtspflege entspricht, ob die abweichende Bestimmung der Altersstufen zweckmäßig ist, bleibe dahingestellt. Auch will ich nicht besonders betonen, daß die aus dem französischen Recht stammende Fassung des St.G.B. selbst nichts weniger als befriedigend ist, und daß es äußerst schwer gelingt, dem Nicht-Eingeweihten den feinen Unterschied auseinanderzusetzen zwischen der „Erkenntniß der Strafbarkeit" und der „zur Erkenntniß der Strafbarkeit erforderlichen Einsicht". Aber was soll in § 709 „Erkenntniß der Verantwortlichkeit" heißen? Ich würde sagen: „verantwortlich sein" heißt: die rechtlichen Folgen tragen müssen; heißt in unserem Falle: ersatzpflichtig sein. Der verantwortliche Redakteur eines Blattes ist der „Sitzredakteur". Ich mache dich für etwas verantwortlich, das heißt: die Folgen auf dein Haupt! Die Motive aber II, 733 belehren uns eines anderen; sie sagen uns: der jugendliche Thäter muß „die aus der Handlung drohende Gefahr der Verletzung oder des Schadens erkannt" haben. Also nicht die zur Erkenntniß der eigenen Verantwortlichkeit des Thäters, sondern die zur Erkenntniß der Gefährlichkeit seiner Handlung erforderliche Einsicht wird verlangt. Davon steht aber nichts im Gesetz.

Ich kann es mir nicht versagen, bei dem angeführten Satze der Motive noch einen Augenblick stehen zu bleiben. Er ist in jedem seiner Worte ein Beweis dafür, daß § 709 keinem klaren gesetzgeberischen Gedanken entspricht. Die „Gefahr der Verletzung oder des Schadens" soll der Thäter nach den Motiven „erkannt" haben. Nach § 709 aber ist nicht die Erkenntniß, sondern die zur Erkenntniß erforderliche Einsicht verlangt. Und um die Gefahr einer Schädigung handelt es sich, soviel ich sehen kann, nirgends im Entwurfe; überall ist davon die Rede, daß die Schädigung selbst (nicht ihre Möglichkeit, sondern ihre Wirklichkeit; nicht die Gefährdung, sondern die Verletzung) vorhergesehen oder vorhersehbar war. Die Motive besitzen allerdings nicht das Ansehen des gesammten mit der Ausarbeitung des Entwurfs beauftragten Ausschusses; aber wir werden doch annehmen dürfen, daß Bestimmungen des Entwurfs, welche dem Verfasser der Motive so völlig unklar geblieben sind, auch von der großen Masse der Rechtsuchenden und Rechtsprechenden kaum verstanden werden dürften. Derartige Bestimmungen zu treffen, ist aber nicht gerade das höchste Ziel, welches der Gesetzgeber anzustreben hat.

Digitized by Google

§ 11. Schluß.

Ich habe eine Anzahl von „kriminalistischen Bedenken" gegen die Bestimmungen des Entwurfs geäußert. Eine Anzahl weiterer Bedenken habe ich unterdrückt. Ich glaubte insbesondere, mir und den Lesern das Eingehen auf den Entwurf eines Einführungsgesetzes zum bürgerlichen Gesetzbuch sparen zu dürfen. Eine gründliche Durcharbeitung des Strafgesetzbuchs ist uns in Aussicht gestellt. Sie wird kommen, wenn die Annahme des Entwurfs gesichert ist. Bis dahin mag die Erörterung mancher wichtigen, auch das bürgerliche Recht berührenden Frage vertagt bleiben.

Die von mir geäußerten Bedenken sind zum größeren Theil solche, welche Berücksichtigung finden können, ohne daß die ganze Anlage des Entwurfs eine durchgreifende Veränderung erfährt. Sie sollten einen kleinen Beitrag bilden zur Verbesserung des großen nationalen Werkes. Insoweit bedürfen sie keiner Rechtfertigung.

Wenn ich aber diese Bedenken geäußert habe, ohne die Schärfe des Tadels irgend zu mildern; und weiter, wenn ich Kritik geübt habe, auch wo ich eine Berücksichtigung derselben nicht erwarte und nicht wünsche: so weiß ich mich frei von nörgelnder Kleinkrämerei, und werde den, dem preußischen Rechtslehrer sicher nicht ersparten Vorwurf professorenhafter Rechthaberei ruhig zu tragen wissen.

Ich wünsche von ganzer Seele, daß der Entwurf Gesetz werden möge, je früher desto besser. Ich wünsche es *aus nationalen Gründen*. Wo es sich um die Rechtseinheit unseres deutschen Volkes handelt, spielen juristische Bedenken keine Rolle. Ich würde für *jeden* Entwurf eines einheitlichen Civilgesetzbuchs stimmen, und wenn er noch so wenig den Anforderungen entsprechen sollte, welche nach meiner Meinung an ein deutsches Gesetzbuch zu stellen sind.

Aber Eins liegt mir dabei am Herzen: daß wir über der Freude an dem Gelingen des nationalen Werkes nicht vergessen, Einkehr in uns selbst zu halten.

Um ein einheitliches *deutsches* Privatrecht zu bekommen, müssen wir heute noch *römisches* Recht dem deutschen Volke aufdrängen, wie wir es vor Jahrhunderten gethan haben. Nicht als ob es ein deutsches Recht nicht damals gegeben hätte und heute noch gäbe, besser, reicher und kräftiger, als damals. Aber die schöpferische Kraft fehlt unseren deutschen Juristen von heute, wie sie ihren auf den italienischen Universitäten gebildeten Vorgängern damals gefehlt hat. Sie fehlt uns, weil uns das *Verständnis* für deutsche Rechtsanschauung fehlt, und mit dem Verständniß die *Liebe*. Wollen wir *deutsche* Juristen

Digitized by Google

haben, so dürfen wir nicht das römische Recht zur Grundlage für die Ausbildung unserer jungen Juristen machen. Wollen wir Juristen haben mit offenem Blick für alle Bedürfnisse unseres heutigen reichsdeutschen Rechtslebens, so dürfen wir nicht im Vermögensrecht den Lebensquell juristischen Denkens erblicken.

Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich ist die reifste Frucht, welche die Blüthe unserer heutigen deutschen Rechtswissenschaft gezeitigt hat. Es wird gut sein, wenn wir diese Thatsache nicht aus den Augen verlieren. Er war die Probe auf unsere Leistungsfähigkeit. Lehren wir unsere Söhne und Enkel, es besser zu machen. Wenn das deutsche Volk einsieht, daß es deutsche Juristen braucht, dann wird es auch Mittel und Wege finden, sie zu haben. Eine neue, ungeahnte Blüthe steht unserer Rechtswissenschaft bevor, wenn sie es lernt, deutsch zu sein.

Druck von Leonhard Simion in Berlin SW.

Digitized by Google

Digitized by Google

Beiträge

zur Erläuterung und Beurtheilung

des Entwurfes

eines

Bürgerlichen Gesetzbuches

für das Deutsche Reich.

Unter Mitwirkung

von

Dr. F. Bernhöft, Professor in Rostock, Dr. K. Cosack, Professor in Berlin, Dr. E. Eck, Geh. Justizrath und Professor in Berlin, Dr. O. F. Gierke, Geh. Justizrath und Professor in Berlin, Dr. R. Koch, Vizepräsident des Reichsbankdirektoriums, Dr. J. Krech, Kaiserl. Geh. Regierungsrath in Berlin, Dr. F. E. von Liszt, Professor in Marburg, E. Meischeider, Reichsgerichtsrath, Dr. J. Petersen, Reichsgerichtsrath, Dr. R. Schröder, Geh. Hofrath und Professor in Heidelberg, Dr. L. Seuffert, Professor in Würzburg, F. Vierhaus, Oberlandesgerichtsrath in Cassel, Dr. E. Zitelmann, Professor in Bonn,

herausgegeben

von

E. J. Bekker, Geheimrath und Professor in Heidelberg, und O. Fischer, Professor in Greifswald.

Sechstes Heft:

O. Fischer, Recht und Rechtsschutz.

Berlin.

Verlag von J. Guttentag

(D. Collin).

1889.

Digitized by Google

Recht und Rechtsschutz

Eine Erörterung der Grenzgebiete

zwischen

Privatrecht und Civilprozeß

in Beziehung auf den

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches

für das Deutsche Reich.

Von

Dr. Otto Fischer,

Professor der Rechte in Greifswald.

Berlin.

Verlag von J. Guttentag

(D. Collin).

1889.

Digitized by Google

MAY 23 19

Digitized by Google

Inhalt.

Seite

§ 1. Einleitung 1

I. Die Grenze zwischen dem Privatrechtsbuch und der Gerichtsordnung.

§ 2. 1. Die Grundlagen 5
§ 3. 2. Allgemeiner Theil 17
§ 4. 3. Recht der Schuldverhältnisse 34
§ 5. 4. Sachenrecht 42
§ 6. 5. Familienrecht 50
§ 7. 6. Erbrecht 59

II. Grundbegriffe.

§ 8. 1. Anspruch oder Forderung? 64
§ 9. 2. Einrede oder Gegenrecht? 94

III. Einzelne Institute des Grenzgebiets.

§ 10. 1. Verjährung 117
§ 11. 2. Rechtskraft 135

§ 12. Schlußwort 140

Digitized by Google

Digitized by Google

Einleitung.[1]

§ 1.

Am Schlusse des Vorwortes zu der amtlichen Ausgabe des Entwurfes ist es als willkommen bezeichnet, wenn die Vertreter der Rechtswissenschaft und die zur Rechtspflege Berufenen mit ihren Urtheilen und Vorschlägen zur Verwerthung für die weitere Beschlußfassung über den Entwurf hervortreten. Diesem Wunsche nachkommend, wollen die nachfolgenden Bemerkungen in bescheidenen Grenzen dazu beitragen, die praktische Brauchbarkeit des künftigen deutschen Privatrechtsbuches zu fördern.

Daß dieselben gleichwohl größtentheils theoretische Ausführungen enthalten, wird nur dem zum Anstoß gereichen, welcher Theorie und Praxis als einander fremde Dinge ansieht.

Die nachstehenden Erörterungen bewegen sich auf dem Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Civilprozeß. Eine nicht befriedigende Kodifizirung dieses Gebietes würde nicht nur die künftige Errungenschaft eines gemeinsamen Privatrechtes in ihrem Werthe herabmindern, sondern es könnte uns auch ein nun bald zehnjähriger Besitz, das einheitliche Prozeßrecht, zerstört oder beeinträchtigt werden.

Mit Rücksicht auf diese Erwägung soll im Folgenden zunächst geprüft werden, ob der Entwurf des Privatrechtsbuches die richtige Grenze gegenüber dem Prozeßrechte innegehalten hat. In zweiter Linie sollen die wichtigsten Grundbegriffe und Kunstausdrücke, welche für diese Rechtsmaterie in Frage kommen, in Bezug auf ihre Richtigkeit, Klarheit und Brauchbarkeit untersucht werden.

---

[1]) Im Folgenden werden zitirt: Krech und Fischer, Kommentar zu dem preußischen Gesetz betreffend die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen, mit: „Krech u. Fischer, Zw. O.", Fischer, Lehrbuch des preußischen Privatrechts, mit: „pr. P.", und Fischer, über Wachs Handbuch des Civilprozesses, in der Zeitschrift für deutschen Civilprozeß, Bd. 10 S. 406 ff., mit: „Zeitschr." Wiederholungen der in diesen Schriften gegebenen näheren Ausführungen werden nach Möglichkeit vermieden.

Digitized by Google

Es wird sich schon dabei die Gelegenheit zu manchen Ausblicken auf Einzelfragen, namentlich auch auf den Inhalt einzelner Bestimmungen, ergeben. In einem Schlußabschnitt folgen Erörterungen über zwei wichtige, dem Grenzgebiet angehörige Rechtsinstitute.

Zuvor einige Worte über die Methode der Gesetzgebung, welche hier als die richtige betrachtet wird, und über das sich demnach ergebende Verhältniß der Gesetzgebung zur juristischen Theorie.

Die Römer[1]) stellten der Gesetzgebung zwei große Ziele hin: Die aequitas rei, also die Anpassung des Gesetzes an die gegenwärtigen wirthschaftlichen Bedürfnisse und an die Anforderungen der Ethik, die gerechte und zweckmäßige Berücksichtigung der in Betracht kommenden privaten und öffentlichen Interessen, und die elegantia iuris, d. h. den Aufbau des Gesetzes auf klare Grundprinzipien, eine durchsichtige Systematik und eine möglichst einfache, scharfe und klare Formulirung der einzelnen Normen. Es handelt sich dabei aber nicht um zwei völlig gleichberechtigt nebeneinander stehende Gesichtspunkte. In erster Linie ist der Gesetzesinhalt zu fixiren. Bei dieser Aufgabe kommt auf die aequitas rei Alles an, auf die elegantia iuris aber gar nichts. In dieser Hinsicht haben überhaupt die Juristen nicht das alleinige oder ausschlaggebende Wort zu sprechen. Es müssen die weiten Kreise der Interessenten und derjenigen gehört werden, welche nach dem Zweige der von ihnen vertretenen Wissenschaft oder Kunst oder in Folge des von ihnen betriebenen Gewerbes oder anderen Lebensberufes besonders geeignet erscheinen, in den verschiedenen in Betracht kommenden Fragen ein sachverständiges Urtheil abzugeben.

Es wird also z. B. die Regelung der Konzeptionsfrist nicht auf Grund des römischen Rechtes und seiner Gewährsmänner, Hippokrates und Galenus, sondern nach dem heutigen Stande der physiologischen bez. gynäkologischen Wissenschaft erfolgen müssen.[2])

Daneben werden freilich auch die praktische Erfahrung in der Rechtspflege und die theoretische Rechtsarbeit, insbesondere Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung, Rechtsphilosophie ihr Theil zur Lösung der Aufgabe beizutragen haben.

Ob der so gefundene Inhalt in ein bestimmtes System oder zu einer bestimmten Doktrin paßt, ist zunächst ganz gleichgültig. Wollte

[1]) Vergl. z. B. Gajus, instit. I. § 84: divus Hadrianus iniquitate rei et inelegantia iuris motus etc. — Damit soll aber nicht behauptet sein, daß bei den Römern stets das richtige Verhältniß zwischen der Rechtskonsequenz und der utilitas geherrscht habe.

[2]) Vergl. Olshausen in dem Magazin für das deutsche Recht der Gegenwart, Bd. 8 S. 320 ff.

Digitized by Google

man die juristische Konsequenz der aequitas vorziehen, einer als billig erkannten Regel die Aufnahme in das Gesetzbuch deshalb versagen, weil sie zum System nicht passe, so käme man zu einem summum ius, welches mit summa iniuria bekanntlich identisch ist. Daraus ergibt sich zugleich, daß es ein gesetzgeberischer Fehler sein würde, wenn man vor Feststetzung des Inhaltes der Normen für bestimmte Systeme oder Theorien sich entscheiden oder gar irgend ein Lehrbuch zum Muster der Gestaltung nehmen wollte.[1])

Erst bei der zweiten Aufgabe der Gesetzgebung, der Gesetzesformulirung, handelt es sich darum, dem Streben nach der elegantia iuris sein Recht werden zu lassen. Und hier ist die Lösung vorzugsweise von der technischen Fertigkeit und der theoretischen Durchbildung des Juristen zu erwarten, dem freilich der Beirath des Logikers und des Sprachkundigen nicht fehlen dürfte. Hier müssen die in neuerer Zeit gemachten Fortschritte der Gesetzgebungskunst, welche sich in verschiedenen deutschen Gesetzeswerken bereits glänzend bewährt haben, benutzt werden, so daß schon die äußere Erscheinung des Gesetzes zeigt, daß seine Redakteure Meister der modernen Gesetzestechnik waren. In der Gesetzesformulirung muß vorzugsweise der Unterschied von den Kodifikationen zu Anfang dieses Jahrhunderts vortheilhaft in die Erscheinung treten. Denn bei aller sonstigen Vortrefflichkeit mußte es diesen Gesetzeswerken nothwendig nachtheilig sein, daß zu ihrer Zeit die Methode der Gesetzgebung noch fast gar nicht erforscht war.

Die Fassung der einzelnen Norm muß abhängen von ihrer Stellung im System, auf dessen äußere Abgrenzung und innere Durchbildung deshalb die bestmöglichste Sorgfalt zu verwenden ist. Je nachdem wird sie als des besonderen Ausdruckes bedürftige oder nicht bedürftige Konsequenz einer allgemeinen Regel oder als Ausnahme von einer solchen in die Erscheinung treten.[2]) Vor Allem ist Klarheit in den Grundbegriffen die nothwendige Voraussetzung dieser Seite der Gesetzgebungskunst. Damit ist freilich nicht gesagt, daß der Gesetzgeber das Rechtsbuch mit möglichst vielen Definitionen auszustatten hätte. Im Gegentheil,

[1]) Die Gesetzgebungsfrage z. B., ob ein auf Kündigung stehendes Darlehen sofort oder erst nach erfolgter Kündigung zu verjähren beginnen soll, ist nicht nach der Stellung der Gesetzgebung zu einer bestimmten Verjährungstheorie, sondern lediglich nach Zweckmäßigkeitsrücksichten zu entscheiden.

[2]) So wird z. B. die eben erwähnte Regel, daß die Verjährung von Darlehen schon vor der Kündigung beginne, als Ausnahme oder als Konsequenz zu formuliren bez. zu betrachten sein, je nachdem die allgemeine Regel über den Beginn der Verjährung gefaßt ist.

Digitized by Google

die römische Warnung vor der Definition ist noch heute zu beherzigen.[1]) Aber es ist dafür zu sorgen, daß die gegebenen Definitionen auch wirklich zutreffen, daß nicht das Gesetz selbst nachher das definirte Wort in einer ganz anderen Bedeutung gebraucht. Und es ist namentlich dahin zu streben, daß sich auch für die nicht definirten Worte ein klarer Sinn ergibt, und jede die praktische Brauchbarkeit beeinträchtigende Zweideutigkeit vermieden wird.

Mit der Forderung eines theoretischen Ausgangspunktes für die gesetzgeberische Formulirung ist auch nicht gesagt, daß der Gesetzgeber zu den die Theorie bewegenden, noch nicht abgeschlossenen Streitigkeiten, insbesondere zu den Konstruktionsfragen, stets bestimmte Stellung zu nehmen oder gar eine bestimmte Theorie gesetzlich zu sanktioniren hätte. Die Konstruktion ist Sache der Wissenschaft. Dieselbe hat freilich, wenn ihre Konstruktionen von Werth sein sollen, von einem bestimmten positiven Rechte auszugehen, sie befindet sich insofern in Abhängigkeit von den Normen dieses Rechtes. Aber sie ist an die in dem Gesetzeswerke zum Ausdruck gebrachten Theorien keineswegs gebunden.[2]) Der Gesetzgeber darf sich hier nicht einmischen. Eine Gesetzgebung, welche in dieser Beziehung übergreift, insbesondere die Konstruktionen eines Lehrbuches bewußt oder unbewußt, z. B. durch Annahme eines nur von einer bestimmten Theorie in einem bestimmten Sinne gebrauchten Kunstausdruckes, in das Gesetz hineinträgt, bereitet dem Gesetze und seiner gedeihlichen, praktischen und wissenschaftlichen Pflege die größten Schwierigkeiten. Die gesetzlich fixirten Theorien treten regelmäßig sehr bald mit dem Inhalte der Gesetzesnormen in Widerspruch. Dagegen ist es unter Umständen unschädlich, daß der Verfasser eines Gesetzes von unrichtigen theoretischen Anschauungen ausgegangen ist, wenn er es nämlich verstanden hat, die Gesetzesnormen in der Fassung unabhängig von diesen Theorien zu halten.[3])

---

[1]) Vergl. f. 202 D. de R. I.

[2]) pr. P. S. 27.

[3]) Ein Beispiel bietet die Konkursordnung, durchweg ein wohlgelungenes Werk, in mancher Hinsicht ein Muster der Gesetzgebungskunst. Daß die Motive von der auch für das Recht der Konkursordnung ganz unrichtigen Theorie des Konkursanspruches ausgehen, hat dem Gesetze selbst, welches vorsichtiger Weise den Ausdruck „Konkursanspruch" ganz vermieden hat, durchaus nicht geschadet. Ein Beispiel verderblicher Uebernahme veralteter Begriffe ist die berüchtigte prozeßhindernde Einrede der C. P. O. (§§ 247, 248), welche weder Einrede, noch prozeßhindernd zu sein braucht, und sich von anderen nicht unter die prozeßhindernde Einrede fallenden Dingen nicht durch diese Merkmale, sondern nur dadurch unterscheidet, daß eine selbständige Vorentscheidung über diese Punkte möglich ist.

Digitized by Google

Das Streben nach guter Disposition und Formulirung steht also erst in zweiter Linie. Aber darum handelt es sich doch dabei nicht um etwas Nebensächliches, Aeußerliches, um die Vermeidung bloßer Schönheitsfehler.

Durch gute Systematik, klare Grundbegriffe und treffende Formulirung wird die praktische Brauchbarkeit des Gesetzes in hohem Maße gefördert. Die unmittelbare Handhabung wird leichter und sicherer; vor Allem ist aber die wissenschaftliche Behandlung des Gesetzbuches fruchtbarer und geeigneter, der Rechtspflege bei Anwendung des Gesetzes wirksame Dienste zu leisten. Endlich wird das Gesetzeswerk bei gehöriger Beachtung dieser formellen Anforderungen unter Umständen auch inhaltlich gewinnen.

So dürfte es gerechtfertigt sein, wenn eine von juristischer Seite ausgehende Beurtheilung eines Gesetzgebungswerkes sich vorzugsweise mit der Form beschäftigt.[1])

I. Die Grenze zwischen dem Privatrechtsbuch und der Gerichtsordnung.

1. Die Grundlagen.

§. 2.

Die moderne Anschauung hat sich daran gewöhnt, Privatrecht und Prozeßrecht als zwei verschiedene Gebiete der Rechtsordnung zu betrachten.[2]) Da die Gerichtsbarkeit eine Staatsaufgabe bildet, so gehören die Normen des Prozeßrechtes zum öffentlichen Recht. Daraus ergibt sich, daß die prinzipielle Grenze zwischen beiden Gebieten aus dem

---

[1]) Wenn in Folgendem nicht überall, wo es angängig gewesen wäre, die bereits erschienenen Beurtheilungen zitirt sind, so muß ich dieserhalb im Hinblick auf die gebotene Beschleunigung der Arbeit um Entschuldigung bitten. Ich habe das Detailstudium der meisten kritischen Arbeiten erst nach der Vollendung meiner Arbeit vorgenommen. Was mir dabei an Uebereinstimmung oder Verschiedenheit der Meinungen in erheblichen Punkten aufgefallen ist, habe ich angezeigt. Die Kritiken von Bähr (Kritische Vierteljahrsschrift Bd. 30 S. 321 ff., S. 481 ff.), Gierke (Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Jahrgang 12 Heft 3 und 4), Hölder (Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 73 S. 1 ff.) und Goldschmidt (Kritische Erörterungen Heft 1, die formalen Mängel) sind nur mit dem Namen ihrer Verfasser zitirt.

[2]) Vergl. pr. P. S. 683 ff., Zeitschr. S. 410 ff.

Digitized by Google

Inhalt der Rechtsnormen entnommen werden muß. Die Prozeßrechtsvorschriften sind Normen sekundärer Natur, sie betreffen die Heranziehung der staatlichen Gerichtsbarkeit zum Schutze der privaten Ordnung und haben das Dasein der letzteren zur Voraussetzung. Das Privatrecht dagegen kann zunächst für sich bestehend und ganz unabhängig von der staatlichen Gerichtsordnung gedacht werden. Aber indem die staatliche Gerichtsbarkeit für die Aufrechterhaltung des Rechtes thätig wird, ergeben sich Wechselbeziehungen der mannigfachsten Art. Im Prozeß werden Privatrechtsnormen zur Anwendung gebracht. Durch prozessualische Vorgänge können Rechte und Rechtsverhältnisse entstehen, untergehen oder verändert werden. Der Prozeß ist seinerseits wieder die Ursache von Privatrechtswirkungen. Endlich — und darauf ist, wie es scheint, bislang noch wenig geachtet worden — gibt es Institute des Privatrechtes, welche das Dasein der Gerichtsbarkeit deshalb zur Voraussetzung haben, weil sie einer wirksameren Durchführung des prozessualischen Rechtsschutzes dienen, wie z. B. die Anfechtung von Rechtshandlungen im Interesse der Zwangsvollstreckung und des Konkurses. Sie verdienen deshalb ein besonderes Interesse, weil bei ihnen das gewöhnliche Verhältniß, nach welchem das Prozeßrecht gegenüber dem Privatrecht als das sekundäre erscheint, in sein Gegentheil verwandelt ist.

Durch diese Wechselbeziehungen ergeben sich bei der Kodifikation Schwierigkeiten für die positive Abgrenzung von Privatrecht und Prozeß. Es ist, wie jeder Kundige ohne Weiteres zugeben wird, schlechthin unmöglich, ein Privatrechtsbuch und eine Gerichtsordnung so abzufassen, daß das eine nur reine Privatrechtsnormen, die andere lediglich Prozeßvorschriften enthält. Daß sich das Privatrecht ohne Berücksichtigung des Prozeßrechtes nicht kodifiziren läßt, beweist auch der vorliegende Entwurf. Es ist nicht nur nothwendig gewesen, in dem Einführungsgesetz die stattliche (aber nach der hier vertretenen Ansicht viel zu geringe) Zahl von ungefähr 90 Aenderungen und Ergänzungen der Prozeßgesetze vorzuschlagen, sondern es haben auch viele Hunderte von Paragraphen des Entwurfes selbst einen auf den Prozeß bezüglichen Inhalt.

Man könnte unter diesen Umständen auf den Gedanken kommen, ob es nicht besser sei, die äußere Trennung von Privatrecht und Prozeß ganz zu vermeiden, und man würde sich dabei mit einem Scheine von Berechtigung auf das Beispiel der Römer berufen können, welche in der That von einer scharfen äußeren Sonderung beider Gebiete nichts wußten. Aber gerade die nähere Betrachtung der römischen Verhältnisse wird vielleicht noch dringender zur systematischen Sonderung mahnen, als das Beispiel der modernen Kodifikationen, welche übereinstimmend Privatrecht und Prozeß getrennt kodifizirt haben.

Digitized by Google

Wenn wir die römischen Kodifikationen und Systeme von den 12 Tafeln bis zum corpus iuris betrachten, so ist bezüglich der Abscheidung von Privatrecht und Zivilprozeß kaum ein Fortschritt zu bemerken.

Die 12 Tafeln beginnen mit dem Prozeß und lassen das Privatrecht, anscheinend mit Prozeßrecht vermischt, nachfolgen. Das prätorische Edikt beginnt ebenfalls mit prozeßrechtlichen Bestimmungen, welche aber von vornherein mit materiellen Sätzen vermischt sind. Im Weiteren hat dasselbe zwar einen vorwiegend privatrechtlichen Inhalt. Derselbe ist aber nicht nur unter prozeßrechtliche Rubriken untergebracht, sondern es handelt sich auch dem äußeren Anschein nach nicht um Privatrechte, sondern um prozessualische Rechtsmittel, actiones, interdicta und dergl.[1]) Auch die Justinianischen Digesten erscheinen im Ganzen als ein Prozeßrechtssystem, welchem inhaltlich das gesammte Privatrecht einverleibt ist.

Eine weiter vorgeschrittene Trennung von Privatrecht und Prozeß findet sich in dem Institutionensystem von Gajus, welches in seinen beiden ersten Theilen, personae und res das Privatrecht, im dritten Theile, actiones, aber das Prozeßrecht abhandelt. Von einer scharfen Scheidung zwischen Obligationenrecht und Aktionenrecht ist aber auch hier nicht die Rede, und jedenfalls rechnet auch Gajus das jus, quod ad actiones pertinet, zum Privatrecht.

Das, was wir römisches Privatrecht nennen, ist weit mehr ein System von prozessualischen Rechtsmitteln (actiones u. s. w.), als ein System von reinen Privatrechten. Daher finden sich bei den Römern keine Definitionen und Eintheilungen des subjektiven Rechtes. Alles wird auf die actio und das quod venit in actionem bezw. die res, de qua agitur, abgestellt.[2])

Von dieser römischen Auffassung, welche demnächst noch eingehender zu erörtern ist, loszukommen, muß eine der ersten Aufgaben jeder modernen Kodifikation sein, namentlich wenn sie an die Stelle des bisherigen gemeinen Rechtes zu treten bestimmt ist. Denn im gemeinen deutschen Rechte ist es zu einer präzisen Abgrenzung von Prozeß und Privatrecht nur sehr allmählich gekommen. Die römische Einkleidung der Privatrechtsinstitute in prozessualisches Gewand treibt auch heute noch nicht nur in vielen Pandektenlehrbüchern, sondern auch in der Sprache der Gerichte ihr Unwesen.

---

[1]) Vergl. die Lenelsche Disposition des Edikts: de litis exordio, de iuris auxiliis, quae iurisdictione continentur, de iuris auxiliis, quae imperio continentur, de finibus litium, additamenta: interdicta, exceptiones, stipulationes praetoriae.

[2]) Bekker, Pandekten I S. 46, 95.

Digitized by Google

Mit der Trennung von Privatrecht und Prozeß in Gesetz und Lehre wird diesem römischen Aktionenwesen die Grundlage entzogen. Sie ist die erste Vorbedingung, um mit demselben gänzlich zu brechen. Sie muß, richtig durchgeführt, auch auf Form und Inhalt der zum Grenzgebiet gehörigen Rechtssätze, z. B. bei den Instituten der Verjährung, der Aufrechnung, der Rechtskraft und des Besitzes, einen heilsamen Einfluß üben. Sie wird vor allen Dingen der Praxis zu gute kommen, nicht allein deshalb, weil eine bequemere äußere Handhabung der Gesetzbücher möglich ist, sondern vor Allem dadurch, daß die Rechtssätze die ihnen gebührende wissenschaftliche Pflege von richtiger Hand, am richtigen Platze und in zutreffender Betrachtungsform erhalten. Sie wird dem Gesetzbuche auch durch die Abkehr von veralteten römischen Anschauungen eine größere Volksthümlichkeit verschaffen. Sie verhindert die stete Unsicherheit darüber, ob ein bestimmter Abschnitt die betreffende Materie vollständig enthält, oder ob noch in einem ganz anderen Gesetzbuche etwas dazu Gehöriges steht, und schließt die Gefahr aus, daß die häufigere Entdeckung, eine einschlägige Bestimmung übersehen zu haben, Juristen und Laien verdrießlich macht. Um solche Vortheile für die ganze Geltungsdauer des Gesetzbuches zu erzielen, verlohnt es sich wohl, den durch eine Durcharbeitung in dieser Richtung erforderlichen Aufwand an Zeit und Mühe zu opfern.

Freilich hat eine solche Trennung nur dann einen Werth, wenn dieselbe zielbewußt nach bestimmten Rücksichten unternommen und durchgeführt wird, so daß man, wenn man das Prinzip der Trennung erkannt hat, im Allgemeinen auch weiß, wo man die betreffenden Normen zu suchen hat. Es handelt sich also vor Allem darum, die richtige *Methode* der Abgrenzung zu finden.

Da die vollständige Trennung von Privatrecht und Prozeßrecht nicht möglich ist, so hat man nur die Wahl, entweder in einem gewissen Umfange Prozeßrechtsnormen in das Privatrechtsbuch zu bringen, oder den Civilprozeßgesetzen (Civilprozeßordnung und Konkursordnung) auch materielle Bestimmungen einzufügen. Die mit den Prozeßgesetzen vorzunehmenden Abänderungen dürften in beiden Fällen den gleichen Umfang haben. Im ersteren Falle muß aus denselben Manches entfernt werden, im anderen Falle sind sie erheblicher Ergänzungen bedürftig. *Historische* Erwägungen dürfen bei der Wahl nicht maßgebend sein, wenn die dabei sich ergebenden Gesichtspunkte heute nicht mehr zutreffen. Geschichtliche Reminiszenzen geben nur zu häufig die Veranlassung zu falscher systematischer Stellung.[1]) Es wird sich vielmehr

[1]) Beispiele in den §§ 33, 231, 265, 686 C. P. O.

Digitized by Google

zunächst um praktische Erwägungen und Folgerungen aus der Natur der Sache handeln müssen. Danach ergibt sich aber als einzige mögliche Lösung die, daß das Privatrechtsbuch möglichst rein erhalten wird, daß dagegen die Prozeßgesetze zugleich diejenigen privatrechtlichen Normen mit umfassen, welche Wirkungen prozessualischer Vorgänge regeln oder in anderer Weise das Dasein der Prozeßeinrichtungen zur Voraussetzung haben.

Der dadurch erzielte Vortheil ist ein doppelter. Das Privatrecht, von dem Gesetz und Lehre des gesammten Rechts den Ausgang zu nehmen hat, stellt sich so einfach als möglich dar. Es bietet für Lehre, Forschung und Rechtsanwendung erhebliche Vortheile, wenn das Privatrecht ganz unabhängig von den Normen des öffentlichen Rechtes der Betrachtung unterworfen werden kann. Man entlastet insbesondere die Bearbeiter dieses wichtigsten und größten Gebietes von der Detailarbeit auf dem Gebiete des Civilprozesses[1]) man sichert den reinen Privatrechtsnormen die zunächst nothwendige rein privatrechtliche Behandlung.

Ein weiterer Vortheil der größeren Unabhängigkeit beider Gesetzbücher liegt darin, daß man leichter das eine ändern kann, ohne zugleich das andere ändern zu müssen. Mengt man dagegen Prozessualisches in das Privatrechtsbuch, so zwingen prozessualische Aenderungen, die an sich mit dem Privatrecht nichts zu thun haben, zur Umarbeitung ganzer Partien des Civilkodex.

Eine solche Trennung hat sich auch bereits auf manchen Gebieten unseres kodifizirten Rechtes bewährt. Es hat sich als durchaus praktisch erwiesen, daß auf dem Gebiete des Zwangsvollstreckungs- und Konkursrechts das materielle Recht mit der formellen Ordnung vereinigt ist. Auch der Anschluß des dem Privatrecht angehörigen Schiedsvertrages an die Prozeßordnung hat sich bewährt.

Die Durchführung des Prinzips würde ein Doppeltes erheischen. Einmal die Ueberführung aller an das Prozeßrecht sich anschließenden materiellen Rechtsnormen in die Prozeßordnungen, und sodann die möglichste Befreiung der im Privatrechtsbuch verbleibenden Normen von prozessualischer Fassung und von Hinweisungen auf Detailbestimmungen des Prozeßrechtes.

Die Ausführung im Einzelnen hat natürlich ohne Pedanterie mit praktischem Takte zu erfolgen.

---

[1]) Daß sie auch den Civilprozeß kennen müssen, versteht sich von selbst. Auch bleibt es immer wünschenswerth, daß einige Civilisten zugleich Prozessualisten sind. An alle diese Anforderung zu stellen, würde dagegen andere Seiten der Privatrechtsarbeit beeinträchtigen.

Digitized by Google

Mit der Trennung von Privatrecht und Prozeß in Gesetz und Lehre wird diesem römischen Aktionenwesen die Grundlage entzogen. Sie ist die erste Vorbedingung, um mit demselben gänzlich zu brechen. Sie muß, richtig durchgeführt, auch auf Form und Inhalt der zum Grenzgebiet gehörigen Rechtssätze, z. B. bei den Instituten der Verjährung, der Aufrechnung, der Rechtskraft und des Besitzes, einen heilsamen Einfluß üben. Sie wird vor allen Dingen der Praxis zu gute kommen, nicht allein deshalb, weil eine bequemere äußere Handhabung der Gesetzbücher möglich ist, sondern vor Allem dadurch, daß die Rechtssätze die ihnen gebührende wissenschaftliche Pflege von richtiger Hand, am richtigen Platze und in zutreffender Betrachtungsform erhalten. Sie wird dem Gesetzbuche auch durch die Abkehr von veralteten römischen Anschauungen eine größere Volksthümlichkeit verschaffen. Sie verhindert die stete Unsicherheit darüber, ob ein bestimmter Abschnitt die betreffende Materie vollständig enthält, oder ob noch in einem ganz anderen Gesetzbuche etwas dazu Gehöriges steht, und schließt die Gefahr aus, daß die häufigere Entdeckung, eine einschlägige Bestimmung übersehen zu haben, Juristen und Laien verdrießlich macht. Um solche Vortheile für die ganze Geltungsdauer des Gesetzbuches zu erzielen, verlohnt es sich wohl, den durch eine Durcharbeitung in dieser Richtung erforderlichen Aufwand an Zeit und Mühe zu opfern.

Freilich hat eine solche Trennung nur dann einen Werth, wenn dieselbe zielbewußt nach bestimmten Rücksichten unternommen und durchgeführt wird, so daß man, wenn man das Prinzip der Trennung erkannt hat, im Allgemeinen auch weiß, wo man die betreffenden Normen zu suchen hat. Es handelt sich also vor Allem darum, die richtige Methode der Abgrenzung zu finden.

Da die vollständige Trennung von Privatrecht und Prozeßrecht nicht möglich ist, so hat man nur die Wahl, entweder in einem gewissen Umfange Prozeßrechtsnormen in das Privatrechtsbuch zu bringen, oder den Civilprozeßgesetzen (Civilprozeßordnung und Konkursordnung) auch materielle Bestimmungen einzufügen. Die mit den Prozeßgesetzen vorzunehmenden Abänderungen dürften in beiden Fällen den gleichen Umfang haben. Im ersteren Falle muß aus denselben Manches entfernt werden, im anderen Falle sind sie erheblicher Ergänzungen bedürftig. Historische Erwägungen dürfen bei der Wahl nicht maßgebend sein, wenn die dabei sich ergebenden Gesichtspunkte heute nicht mehr zutreffen. Geschichtliche Reminiszenzen geben nur zu häufig die Veranlassung zu falscher systematischer Stellung.[1]) Es wird sich vielmehr

[1]) Beispiele in den §§ 33, 231, 265, 686 C. P. O.

Digitized by Google

zunächst um praktische Erwägungen und Folgerungen aus der Natur der Sache handeln müssen. Danach ergibt sich aber als einzige mögliche Lösung die, daß das Privatrechtsbuch möglichst rein erhalten wird, daß dagegen die Prozeßgesetze zugleich diejenigen privatrechtlichen Normen mit umfassen, welche Wirkungen prozessualischer Vorgänge regeln oder in anderer Weise das Dasein der Prozeßeinrichtungen zur Voraussetzung haben.

Der dadurch erzielte Vortheil ist ein doppelter. Das Privatrecht, von dem Gesetz und Lehre des gesammten Rechts den Ausgang zu nehmen hat, stellt sich so einfach als möglich dar. Es bietet für Lehre, Forschung und Rechtsanwendung erhebliche Vortheile, wenn das Privatrecht ganz unabhängig von den Normen des öffentlichen Rechtes der Betrachtung unterworfen werden kann. Man entlastet insbesondere die Bearbeiter dieses wichtigsten und größten Gebietes von der Detailarbeit auf dem Gebiete des Civilprozesses[1]) man sichert den reinen Privatrechtsnormen die zunächst nothwendige rein privatrechtliche Behandlung.

Ein weiterer Vortheil der größeren Unabhängigkeit beider Gesetzbücher liegt darin, daß man leichter das eine ändern kann, ohne zugleich das andere ändern zu müssen. Mengt man dagegen Prozessualisches in das Privatrechtsbuch, so zwingen prozessualische Aenderungen, die an sich mit dem Privatrecht nichts zu thun haben, zur Umarbeitung ganzer Partien des Civilkodex.

Eine solche Trennung hat sich auch bereits auf manchen Gebieten unseres kodifizirten Rechtes bewährt. Es hat sich als durchaus praktisch erwiesen, daß auf dem Gebiete des Zwangsvollstreckungs- und Konkursrechts das materielle Recht mit der formellen Ordnung vereinigt ist. Auch der Anschluß des dem Privatrecht angehörigen Schiedsvertrages an die Prozeßordnung hat sich bewährt.

Die Durchführung des Prinzips würde ein Doppeltes erheischen. Einmal die Ueberführung aller an das Prozeßrecht sich anschließenden materiellen Rechtsnormen in die Prozeßordnungen, und sodann die möglichste Befreiung der im Privatrechtsbuch verbleibenden Normen von prozessualischer Fassung und von Hinweisungen auf Detailbestimmungen des Prozeßrechtes.

Die Ausführung im Einzelnen hat natürlich ohne Pedanterie mit praktischem Takte zu erfolgen.

---

[1]) Daß sie auch den Civilprozeß kennen müssen, versteht sich von selbst. Auch bleibt es immer wünschenswerth, daß einige Civilisten zugleich Prozessualisten sind. An alle diese Anforderung zu stellen, würde dagegen andere Seiten der Privatrechtsarbeit beeinträchtigen.

Digitized by Google

Einer sachgemäßen Abgrenzung der beiden Kodifikationen hat sich der zur Zeit gar nicht mehr zu ändernde Umstand sehr in den Weg gestellt, daß die Prozeßrechtskodifikation, welche also im Allgemeinen das sekundäre Recht enthält, vor dem das primäre Recht umfassenden Privatrechtsbuche ausgearbeitet und in Kraft getreten ist. Es liegt jetzt die Gefahr nahe, daß in dem Streben, äußerlich möglichst wenig an der Prozeßordnung zu ändern, das Privatrecht gezwungen wird, sich dem geltenden Prozeßrecht anzubequemen, während doch die Natur der Sache das Umgekehrte erfordert. Es ist aber auch zu befürchten, daß in Folge dieses Strebens das Privatrechtsgesetzbuch ungehörige prozessualische Beimischungen erhält, durch welche nicht nur die äußere Ordnung und Abgrenzung gestört wird, sondern welche einerseits das Privatrechtliche in eine unleidliche Abhängigkeit von dem gegenwärtig geltenden Prozeßrecht bringen, andererseits das Prozeßrecht durch Modifikationen, welche lediglich für Einzelfälle bestimmt sind und auf deren Stellung zum Prozeßrechtssystem auch bei der Formulirung die gebührende Rücksicht nicht genommen werden konnte, in formaler Hinsicht schädigen[1]).

Fragt man nun, inwieweit der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches[2]) die im Vorstehenden als wünschenswerth bezeichnete Grenze innegehalten hat, so wäre nur ein sicheres Beispiel zu nennen, in welchem dieselbe unter Schmälerung des Privatrechtsbuches überschritten ist. Artikel 15 des Einführungsgesetzes zum B. G.[3]) bestimmt:

„Die Vorschrift des § 41 Abs. 2 der Konkursordnung [den Faustpfandgläubigern stehen gleich Verpächter wegen des

[1]) Ein lehrreiches Beispiel von der ungünstigen Wirkung der zeitlichen Präzedenz einer sekundären Kodifikation bietet das Reichsgesetz betreffend die Anfechtungen von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens vom 21. Juli 1879. Die Materie gehört mit demselben Rechte in die Zwangsvollstreckungsordnung, wie die §§ 22—34 in die Konkursordnung. Unter dem Umstande, daß die Paragraphen nicht in die C. P. O. aufgenommen sind, leidet die wissentliche Behandlung und praktische Handhabung derselben. Kein Lehrbuch oder Kommentar des Civilprozesses beschäftigt sich mit ihnen. Sie finden sich überall als Anhang zur Konkursordnung, obwohl sie mit dem Konkurse zunächst gar nichts zu thun haben und obwohl es zu ihrem richtigen Verständnisse durchaus nöthig ist, daß man sich zunächst um die gleichlautenden Paragraphen der K. O. gar nicht kümmert, vielmehr von konkursrechtlichen Gesichtspunkten durchaus absieht und den Zusammenhang mit dem Zwangsvollstreckungsrecht ins Auge faßt. Vergl. Zeitschr. S. 411 u. pr. P. S. 767. Es wäre jetzt Gelegenheit gegeben, das Versäumte nachzuholen.

[2]) Im Folgenden mit B. G. zitirt.

[3]) Im Folgenden mit E. G. zitirt.

Digitized by Google

laufenden und des rückständigen Zinses, sowie wegen anderer Forderungen aus dem Pachtverhältnisse, in Ansehung der Früchte des Grundstückes und der eingebrachten Sachen, sofern die Früchte oder Sachen sich noch auf dem Grundstücke befinden] findet auch außerhalb des Konkurses Anwendung."

Die Bestimmung gehört in das B. G., wo etwa zu § 1151 in irgend einer Form zu bestimmen sein würde, daß die in den §§ 521, 543 gegebenen gesetzlichen Pfandrechte dem Faustpfandrechte gleichstehen. Bei einer auf die Dauer berechneten rein privatrechtlichen Vorschrift ist es ebenso unerträglich, daß sie sich in dem E. G. befindet, als daß sie als Uebertragung einer für das Konkursverfahren bestimmten Vorschrift auf reine Privatrechtsverhältnisse normirt ist.

Im Uebrigen hat das B. G. die Grenze stets in der umgekehrten Richtung überschritten, indem es nicht nur mit dem Prozeß zusammenhängende materielle Vorschriften, sondern auch rein formell-prozessualische Normen, welche nicht die leiseste materielle Bedeutung haben, z. B. Zuständigkeitsvorschriften, in sich aufgenommen, auch viele Privatrechtsvorschriften unnöthiger Weise mit Prozessualischem gemischt hat.

Das B. G. enthält viel mehr Prozeßrecht, als das österreichische, preußische, französische oder sächsische Gesetzbuch. Es bezeichnet das von dem hier vertretenen Standpunkte aus einen entschiedenen Rückschritt. Bei einer Gelegenheitsgesetzgebung würde man derartige Mängel der Systematik vielleicht mit in den Kauf zu nehmen haben. Anders aber verhält es sich bei einer auf die Jahrhunderte berechneten Gesammtkodifikation.

Ob der Scheidung, wie sie das B. G. vorgenommen hat, überhaupt ein bestimmtes Prinzip zu Grunde liegt, bleibt fraglich. Einzelne Andeutungen, wie sie z. B. Mot. I S. 371 hinsichtlich der Uebernahme der §§ 231, 293 C. P. O. in das B. G. gemacht sind, erwecken den Anschein, als ob man vorübergehend an das der hier vertretenen Meinung entgegengesetzte Prinzip, die möglichste Beschränkung der Prozeßordnung auf formell-prozessualische Vorschriften, gedacht hätte [1]). Jedenfalls hat man aber den Gedanken, und zwar bewußt, nicht ausgeführt. Es scheint vielmehr, als ob man zunächst dem B. G. Alles hat lassen wollen, was in den Pandektenkompendien, insbesondere bei Windscheid, aus den Grenzgebieten vorgetragen zu werden pflegt. Daher ist insbesondere auch ein Theil der Beweislehre in das B. G.

---

[1]) Dagegen steht eine beachtenswerthe Ausführung der Motive zum Sachenrecht (III S. 141) auf dem hier vertretenen Standpunkte. Wäre die dort niedergelegte Anschauung in dem ganzen Entwurfe durchgeführt, so wären die Ausführungen dieses Abschnittes unnöthig.

Digitized by Google

erforderlich ist[1]) und in der Regel nur eine gegenüber diesem wirksame Feststellung erzielt werden kann, im Aufgebotsverfahren auch Feststellungen gegenüber einem selbst der Existenz nach ungewissen Gegner bezw. gegenüber unbekannten Gegnern oder, wenn man lieber will, gegen Jedermann vorgenommen werden können, welche übrigens auch nicht blos für den Antragsteller, sondern darüber hinaus wirksam sind. Daß für diese Erweiterung des Rechtsschutzes ein dringendes Bedürfniß besteht, lehrt die tägliche Erfahrung. Namentlich muß bei absoluten Rechten, Eigenthum u. s. w., wenigstens unter gewissen Voraussetzungen, die Möglichkeit gegeben sein, auch zu einer absolut wirksamen Rechtsfeststellung zu gelangen. Nur aus diesem Charakter als Feststellungsverfahren ist auch die Möglichkeit einer Ueberleitung des Aufgebots in einen zwischen bestimmten Personen auszumachenden (Anfechtungs)rechtsstreit zu erklären. Nur so wird auch die Zerreißung des Aufgebotsverfahrens in einen zur freiwilligen Gerichtsbarkeit und einen anderen zur streitigen Gerichtsbarkeit zu rechnenden Theil verhindert.

Es empfiehlt sich also aus praktischen wie wissenschaftlichen Gründen, das Aufgebot[2]) zur streitigen Gerichtsbarkeit zu rechnen und überhaupt die jetzige Grenze zwischen freiwilliger und streitiger Gerichtsbarkeit festzuhalten.

---

[1]) Anders bei der Sicherung des Beweises, welche aber kein Feststellungsverfahren ist. Vergl. § 455 C. P. O.

[2]) Bezüglich des Aufgebots sei noch eine, wie ich sicher annehmen darf, jedem meiner amtsgerichtlichen Kollegen aus dem Herzen geschriebene Bemerkung gestattet. Wenn irgend ein Gegenstand der einheitlichen Kodifikation dringend bedürftig ist, so ist es das Aufgebotsverfahren. Die gegenwärtige Lage der Gesetzgebung — ich denke dabei vornehmlich an das mir in dieser Beziehung am besten bekannte Gebiet des preußischen Landrechts — macht das Aufgebotsverfahren zu einem Schrecken des Richters und der Referendarien, welche dasselbe erlernen möchten. Das Aufgebotsverfahren war früher der vielbeneidete Gegenstand der durch jahrelanges mühsames Studiren und Sammeln erlangten Geheimkunde Einzelner. Andere waren glücklich, wenn auf ihre Verfügung: „simile beizufügen", das Bureau ein reponirtes Aktenstück über ein Aufgebot gleicher Art herausfand. In neuerer Zeit haben verdienstliche Stoffsammlungen, namentlich die von Daude, dem Aergsten abgeholfen. Aber es genügt ein Blick in ein derartiges Buch, um zu ermessen, welchem Chaos man gegenübersteht. Zu einer eigentlichen wissenschaftlichen Pflege dieses wichtigen Rechtsstoffes sind nicht einmal die Anfänge gemacht. Ja man darf bei der jetzigen Unhandlichkeit des Stoffes nicht einmal zu strenge über Verfasser von Hand- und Lehrbüchern des Civilprozesses urtheilen, welche den Stoff ganz von ihrer Darstellung ausschließen. Auf diesem Gebiete darf also die alte Unordnung nicht bleiben oder gar noch vermehrt werden.

Digitized by Google

Es ist das für die hier vorzunehmende Auseinandersetzung von erheblicher Bedeutung. Vor Allem muß in die C. P. O. und die K. O. nicht nur alles zur streitigen Gerichtsbarkeit Gehörige untergebracht werden, sondern es ist auch mit Aengstlichkeit jede Prozedur der freiwilligen Gerichtsbarkeit aus den Prozeßgesetzen fernzuhalten. Nur so läßt sich einer Denaturirung der in Betracht kommenden Institute, einer Verwirrung hinsichtlich der Zuständigkeit, des Instanzenzuges und des Verfahrens vorbeugen.

Ob die Vorschriften über freiwillige Gerichtsbarkeit in das B. G. selbst oder in ein besonderes Gesetz, das Verfahren in freiwilliger Gerichtsbarkeit betreffend, aufgenommen werden, kommt dem gegenüber weniger in Betracht. Die Vorschriften über freiwillige Gerichtsbarkeit passen immer noch besser in das B. G. zu den betreffenden Privatrechtsinstituten, bei deren Gestaltung sie mitwirken sollen, als in die Prozeßordnung.

Am zweckmäßigsten wäre aber ein solches besonderes Gesetz, in dem zunächst die allgemeinen Vorschriften über das Verfahren in freiwilliger Gerichtsbarkeit zu geben wären. Ob man dann die speziellen Theile dieses Gebietes, Grundbuchordnung, Vormundschaftsordnung, Hinterlegungsordnung u. s. w., als Bücher des allgemeinen Gesetzes behandeln oder in besonderen Gesetzen unterbringen will, ist eine noch weniger wichtige Frage. Doch wäre auch hier die Gesammtkodifikation das zu Erstrebende.

Jedenfalls soll im Folgenden, schon der Einfachheit der Darstellung wegen, davon ausgegangen werden, daß außer dem B. G., welches das Privatrecht enthält, der C. P. O. und der K. O., welche das Recht der streitigen Civilgerichtsbarkeit einschließlich der sich daran schließenden materiellen Bestimmungen umfassen, ein besonderes Gesetz für das Verfahren in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit gegeben wird.[1])

Die danach nothwendige Durcharbeitung hinsichtlich der Disposition und Fassung könnte — in bescheidenen Grenzen — auch dazu benutzt werden, auf dem unbestrittenen Gebiete der streitigen Gerichtsbarkeit in einigen Punkten bessere Ordnung zu schaffen durch Herübernahme von Einzelgesetzen in die Kodifikationen, durch Austausch zwischen C. P. O. und K. O., durch Umstellungen innerhalb des Gesetzes selbst.[2])

---

[1]) Im Folgenden mit f. G. bezeichnet.

[2]) So fehlt es künftig, nachdem das deutsche Immobiliensachenrecht einheitlich gestaltet sein wird und deshalb auch die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen einheitlich geregelt werden kann, an jedem Grunde, diese Materie in einem besonderen Gesetze zu ordnen. Durch die Auf-

Digitized by Google

erforderlich ist[1]) und in der Regel nur eine gegenüber diesem wirksame Feststellung erzielt werden kann, im Aufgebotsverfahren auch Feststellungen gegenüber einem selbst der Existenz nach ungewissen Gegner bezw. gegenüber unbekannten Gegnern oder, wenn man lieber will, gegen Jedermann vorgenommen werden können, welche übrigens auch nicht blos für den Antragsteller, sondern darüber hinaus wirksam sind. Daß für diese Erweiterung des Rechtsschutzes ein dringendes Bedürfniß besteht, lehrt die tägliche Erfahrung. Namentlich muß bei absoluten Rechten, Eigenthum u. s. w., wenigstens unter gewissen Voraussetzungen, die Möglichkeit gegeben sein, auch zu einer absolut wirksamen Rechtsfeststellung zu gelangen. Nur aus diesem Charakter als Feststellungsverfahren ist auch die Möglichkeit einer Ueberleitung des Aufgebots in einen zwischen bestimmten Personen auszumachenden (Anfechtungs)rechtsstreit zu erklären. Nur so wird auch die Zerreißung des Aufgebotsverfahrens in einen zur freiwilligen Gerichtsbarkeit und einen anderen zur streitigen Gerichtsbarkeit zu rechnenden Theil verhindert.

Es empfiehlt sich also aus praktischen wie wissenschaftlichen Gründen, das Aufgebot[2]) zur streitigen Gerichtsbarkeit zu rechnen und überhaupt die jetzige Grenze zwischen freiwilliger und streitiger Gerichtsbarkeit festzuhalten.

---

[1]) Anders bei der Sicherung des Beweises, welche aber kein Feststellungsverfahren ist. Vergl. § 455 C. P. O.

[2]) Bezüglich des Aufgebots sei noch eine, wie ich sicher annehmen darf, jedem meiner amtsgerichtlichen Kollegen aus dem Herzen geschriebene Bemerkung gestattet. Wenn irgend ein Gegenstand der einheitlichen Kodifikation dringend bedürftig ist, so ist es das Aufgebotsverfahren. Die gegenwärtige Lage der Gesetzgebung — ich denke dabei vornehmlich an das mir in dieser Beziehung am besten bekannte Gebiet des preußischen Landrechts — macht das Aufgebotsverfahren zu einem Schrecken des Richters und der Referendarien, welche dasselbe erlernen möchten. Das Aufgebotsverfahren war früher der vielbeneidete Gegenstand der durch jahrelanges mühsames Studiren und Sammeln erlangten Geheimkunde Einzelner. Andere waren glücklich, wenn auf ihre Verfügung: „simile beizufügen", das Bureau ein reponirtes Aktenstück über ein Aufgebot gleicher Art herausfand. In neuerer Zeit haben verdienstliche Stoffsammlungen, namentlich die von Daude, dem Aergsten abgeholfen. Aber es genügt ein Blick in ein derartiges Buch, um zu ermessen, welchem Chaos man gegenübersteht. Zu einer eigentlichen wissenschaftlichen Pflege dieses wichtigen Rechtsstoffes sind nicht einmal die Anfänge gemacht. Ja man darf bei der jetzigen Unhandlichkeit des Stoffes nicht einmal zu strenge über Verfasser von Hand- und Lehrbüchern des Civilprozesses urtheilen, welche den Stoff ganz von ihrer Darstellung ausschließen. Auf diesem Gebiete darf also die alte Unordnung nicht bleiben oder gar noch vermehrt werden.

Digitized by Google

Es ist das für die hier vorzunehmende Auseinandersetzung von erheblicher Bedeutung. Vor Allem muß in die C. P. O. und die K. O. nicht nur alles zur streitigen Gerichtsbarkeit Gehörige untergebracht werden, sondern es ist auch mit Aengstlichkeit jede Prozedur der freiwilligen Gerichtsbarkeit aus den Prozeßgesetzen fernzuhalten. Nur so läßt sich einer Denaturirung der in Betracht kommenden Institute, einer Verwirrung hinsichtlich der Zuständigkeit, des Instanzenzuges und des Verfahrens vorbeugen.

Ob die Vorschriften über freiwillige Gerichtsbarkeit in das B. G. selbst oder in ein besonderes Gesetz, das Verfahren in freiwilliger Gerichtsbarkeit betreffend, aufgenommen werden, kommt dem gegenüber weniger in Betracht. Die Vorschriften über freiwillige Gerichtsbarkeit passen immer noch besser in das B. G. zu den betreffenden Privatrechtsinstituten, bei deren Gestaltung sie mitwirken sollen, als in die Prozeßordnung.

Am zweckmäßigsten wäre aber ein solches besonderes Gesetz, in dem zunächst die allgemeinen Vorschriften über das Verfahren in freiwilliger Gerichtsbarkeit zu geben wären. Ob man dann die speziellen Theile dieses Gebietes, Grundbuchordnung, Vormundschaftsordnung, Hinterlegungsordnung u. s. w., als Bücher des allgemeinen Gesetzes behandeln oder in besonderen Gesetzen unterbringen will, ist eine noch weniger wichtige Frage. Doch wäre auch hier die Gesammtkodifikation das zu Erstrebende.

Jedenfalls soll im Folgenden, schon der Einfachheit der Darstellung wegen, davon ausgegangen werden, daß außer dem B. G., welches das Privatrecht enthält, der C. P. O. und der K. O., welche das Recht der streitigen Civilgerichtsbarkeit einschließlich der sich daran schließenden materiellen Bestimmungen umfassen, ein besonderes Gesetz für das Verfahren in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit gegeben wird.[1])

Die danach nothwendige Durcharbeitung hinsichtlich der Disposition und Fassung könnte — in bescheidenen Grenzen — auch dazu benutzt werden, auf dem unbestrittenen Gebiete der streitigen Gerichtsbarkeit in einigen Punkten bessere Ordnung zu schaffen durch Herübernahme von Einzelgesetzen in die Kodifikationen, durch Austausch zwischen C. P. O. und K. O., durch Umstellungen innerhalb des Gesetzes selbst.[2])

---

[1]) Im Folgenden mit f. G. bezeichnet.

[2]) So fehlt es künftig, nachdem das deutsche Immobiliensachenrecht einheitlich gestaltet sein wird und deshalb auch die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen einheitlich geregelt werden kann, an jedem Grunde, diese Materie in einem *besonderen* Gesetze zu ordnen. Durch die Auf-

Digitized by Google

Die nachfolgenden Einzelausführungen sollen hauptsächlich als Belege dieser vorangeschickten allgemeinen Sätze dienen und zur weiteren Prüfung anregen. Wenn sie auch, wie es bei der Kürze der zur Formulirung von Verbesserungsvorschlägen gegebenen Zeit kaum anders sein kann, unvollständig sind oder hier und da sich als verfehlt herausstellen möchten, so werden sie doch zur Erreichung des gesteckten Zieles etwas beitragen können. Der Erörterung über die richtige Stellung der Vorschriften werden hier und da Bedenken gegen die Fassung angefügt werden. Die Einzelausführungen, welche sich dem System des Gesetzbuches anschließen,

---

nahme der betreffenden Bestimmungen in die C. P. O. wird das Zwangsvollstreckungsrecht im Ganzen harmonischer und klarer gestaltet. Bei dieser Gelegenheit könnte denn auch das Sequester in § 747 C. P. O. (in der Fassung des Art. 11 E. G. B. G.) durch den Verwalter ersetzt werden.

Ebenso dürfte das Anfechtungsgesetz vom 21. Juli 1879 in die C. P. O. zu übernehmen sein, wo dem Anfechtungsrechte ein besonderer Abschnitt, etwa hinter § 795, zu widmen wäre. (S. o. S. 10 A. 1.)

Ebenso gehört der Stoff der §§ 39—41 K. O. nebst den §§ 14—17 E. G. K. O. in das Zwangsvollstreckungsrecht. Hier ergibt sich zunächst das Bedürfniß, zu bestimmen, welche Rechte dem Rechte des betreibenden Gläubigers vorgehen, und es ist dann Sache der K. O., die Regelung der abgesonderten Befriedigung im Konkurse der Ordnung der vorzugsweisen Befriedigung bei der Zwangsvollstreckung anzupassen. Statt dessen ist jetzt ganz unnatürlicher Weise in der C. P. O. (§ 709) auf die K. O. verwiesen. (Vergl. Zeitschr. S. 408, pr. P. S. 756.) Zu dieser Umstellung ist jetzt um so mehr Veranlassung geboten, als das E. G. B. G. Art. 13 u. 14 sich ohnehin genöthigt gesehen hat, in diese Materie einzugreifen, insbesondere die §§ 39, 41 K. O. u. 17 E. G. K. O. abzuändern, §§ 14 bis 16 E. G. K. O. aber zu streichen. Es würden dann in § 709 C. P. O. die Worte „für den Fall eines Konkurses" zu streichen sein. § 41 K. O. würde in der im E. G. B. G. vorgeschlagenen Fassung als § 709a in die C. P. O. übernommen, § 17 E. G. K. O. würde, da er sich in der neuen Fassung nicht mehr auf die Zwangsvollstreckung bezieht, verbleiben, wo er sich befindet.

In der K. O. könnten dann die §§ 39—41 K. O. durch die einfache Bestimmung ersetzt werden: Gläubiger können aus Gegenständen der Konkursmasse die abgesonderte Befriedigung verlangen, wenn und insoweit sie bei einer zur Zeit der Konkurseröffnung erfolgten Pfändung bez. Beschlagnahme dieser Gegenstände im Wege der Zwangsvollstreckung ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung haben würden. (Vergl. pr. P. S. 792.)

Endlich müßte das Gesetz betreffend die Unzulässigkeit der Pfändung von Eisenbahnfahrbetriebsmitteln v. 3. Juni 1886 in seinem Abs. 1 u. 3 in den § 715 C. P. O., bezüglich des Abs. 2 in den § 1 K. O. verarbeitet werden. Aehnlich § 20 des R. G. v. 28. Oktober 1871 betreffend die Unpfändbarkeit des Inventariums der Posthaltereien.

Digitized by Google

werden auch Gelegenheit bieten, auf einige prozessualische Bestimmungen des E. G. Rücksicht zu nehmen.

2. Allgemeiner Theil.

§ 3.

Zunächst handelt es sich um zwei ganze, allerdings kurze, Abschnitte des allgemeinen Theiles, welche schon nach ihrer Ueberschrift mit der streitigen Gerichtsbarkeit in nächster Verbindung stehen und welche, um das Hauptergebniß vorweg zu nehmen, an ihrer Stelle im Ganzen in Wegfall kommen müssen, nämlich Abschn. 9, Urtheil, und Abschn. 10, Beweis (§§ 190 bis 192). Die §§ 191 und 192 regeln die Rechtskraft des Urtheils, die erstere Vorschrift behandelt die Wirkung im Allgemeinen, die andere in der persönlichen Richtung. Nach den hier vertretenen Grundsätzen gehören beide Paragraphen in die C. P. O., und zwar hinter § 293, welcher den sachlichen Umfang der Rechtskraft regelt. Für die Zutheilung spricht im Besonderen noch, daß die Vorschriften über materielle Rechtskraft nicht auseinandergerissen werden dürfen,[1]) sowie daß § 192 Abs. 2 B. G. nach Fassung und Inhalt zu den §§ 238, 665, 671 C. P. O.[2]) in nächster Beziehung steht.[3])

Auch § 190,[4]) welcher die allgemeinen Voraussetzungen der Verurtheilung bei einer Leistungsklage regelt, gehört in die C. P. O.,[5]) in welcher sich sein Pendant, der § 231 C. P. O., welcher die allgemeinen Voraussetzungen der Verurtheilung bei einer Feststellungsklage normirt, bereits befindet. § 190 B. G. gehört offenbar unmittelbar vor diesen § 231 C. P. O. Dann zeigt sich aber sofort Zweierlei. Nämlich einmal, daß beide Vorschriften nicht in das Kapitel „Verfahren bis zum

[1]) Vielleicht wären auch die Vorschriften über formelle Rechtskraft und die Vollstreckbarkeitserklärung (§§ 645, 646, 648 bis 657 C. P. O.) von ihrer jetzigen unpassenden Stelle hierher, bez. was die drei letzten Paragraphen anbelangt, in die Rechtsmittellehre zu übernehmen. (Vergl. Mot. I, S. 368.) Auch § 686 C. P. O. würde richtiger hierher oder hinter § 554 C. P. O. zu stellen sein, da es sich um eine sachliche Urtheilsänderung handelt, welche keineswegs davon abhängig ist, daß aus dem Urtheil bereits die Zwangsvollstreckung begonnen hat. Endlich ist § 779 C. P. O. keine Zwangsvollstreckungsvorschrift, sondern eine Bestimmung über die Wirkungen der Rechtskraft. Auch § 661 wäre aus dem 8. Buche zu entfernen.

[2]) In der durch Art. 11 E. G. B. G. proponirten zutreffenden Fassung.

[3]) Die inhaltlichen Bedenken gegen die §§ 191 und 192 B. G. erfordern eine besondere Darlegung (s. u. § 11 S. 135).

[4]) Vergl. Gierke S. 1263, Goldschmidt S. 81.

[5]) So auch Wach, der Feststellungsanspruch, S. 46. Vergl. auch S. 39.

Digitized by Google

Urtheil", sondern in den Titel „Urtheil" gehören, wo sie — etwa hinter § 276 C. P. O. — einzuschalten wären. Sodann, daß § 231 C. P. O. eine unrichtige Fassung hat. Er müßte lauten: „Die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, der Echtheit oder Unechtheit einer Urkunde kann unabhängig von der Verurtheilung zu einer Leistung nur dann durch Urtheil ausgesprochen werden, wenn u. s. w." In die C. P. O., und zwar zu dieser Materie, ist auch § 365 Abs. 1 B. G.[1]) zu verweisen, welcher die Frage erörtert, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Weise bei einer Erfüllung Zug um Zug die Verurtheilung zu erfolgen hat.[2])

Was die Beweislast anbetrifft, so meinen die Motive (I, S. 382), dem Meinungsstreite darüber, ob die Grundsätze über die Vertheilung der Beweislast dem Privatrechte oder dem Prozeßrechte angehören, brauche nicht näher getreten zu werden. Es genüge für die Aufnahme in das B. G. der Umstand, daß die C. P. O. sich mit der Beweislast nicht befaßt habe. Damit ist die Sache offenbar nicht erledigt. Es muß vielmehr zunächst die Frage nach der Natur der Beweislastregeln beantwortet werden. Die gelegentliche Bemerkung der Motive (V, S. 662), daß die Frage nach der Vertheilung der Beweislast überhaupt bei dem jetzigen Stande des Prozeßrechtes wesentlich an Bedeutung verloren habe,[3]) läßt zweifeln, ob das B. G. in dieser Beziehung von klaren Grund-

---

[1]) Vergl. auch § 428 B. G.

[2]) Wie die Motive zu § 190 (I, S. 367) hervorheben, hat das B. G. eine Verurtheilung zu einem künftigen Verhalten zwar nicht allgemein anerkannt, wohl aber bei den Klagen wegen Störung im Genusse eines dinglichen Rechtes (§§ 943, 945, 978, 1055). Von diesen Bestimmungen wird besser in einem anderen Zusammenhange gehandelt (s. u. § 8 S. 80).

[3]) Richtig ist daran nur das Eine, daß zur Zeit äußerlich bei der Beweisanordnung weniger als nach früherem gemeinem Rechte hervortritt, wer die Beweislast hat, da kein dieselbe vorweg regelndes Interlokut ergeht, sowie daß im Endurtheil die Beweislast nur dann zu Tage tritt, wenn der Beweis nicht voll gelungen ist. Richtig ist es auch, daß leichtfertige Richter es jetzt vielfach vertuschen können, wenn sie die Sache ohne gründliche methodische Kognition (vergl. darüber pr. P. S. 712), insbesondere ohne scharfe Scheidung der Beweislast verarbeitet haben. Der innere Werth einer solchen Scheidung ist, da die Verhandlungsmaxime unverändert bestehen geblieben ist, heute genau der gleiche wie früher. Jeder methodisch arbeitende Richter prüft auch heute schon bei der ersten sachlichen Kognition mit peinlichster Sorgfalt, wer hinsichtlich der einzelnen Behauptungen die Beweislast hat, und nur auf Grundlage einer solchen Vorprüfung ist eine sachgemäße Behandlung und Entscheidung möglich.

Digitized by Google

anschauungen ausgeht. Die Beweislast[1]) ist im Allgemeinen lediglich eine Folge der Behauptungslast. Deshalb muß man, wenngleich das Beweisen lästiger ist als das Behaupten, von der Behauptungslast ausgehen, wenn man zu klaren Ergebnissen kommen will, um so mehr, als die Beweislast nicht ausnahmslos der Behauptungslast folgt.[2]) Der allgemeine Satz, daß derjenige im Prozesse zu behaupten und folgeweise in der Regel auch zu beweisen hat, welcher ein Interesse daran hat, daß die betreffende Thatsache bei der Urtheilsfällung berücksichtigt wird, ist lediglich eine natürliche Folge der mit der Verhandlungsmaxime gegebenen Bestimmung, daß Thatsachen, welche nicht nach Maßgabe des Prozeßrechtes behauptet sind und festgestellt werden können, bei der Urtheilsfällung außer Betracht bleiben. Es handelt sich also bei der Behauptungslast und der Beweislast zunächst weniger um eine besondere rechtliche Regelung, als um eine natürliche Folge aus der Sachlage. Deshalb ist der Satz: „Behaupten muß, wer ein Interesse an der Berücksichtigung der Behauptung hat" bez. dessen in § 193 B. G. gegebene Paraphrase eigentlich gar kein selbständiger Rechtssatz, ebensowenig wie das nemo plus iuris etc. oder das casum sentit dominus. Er statuirt auch keine Pflicht[3]) der Partei weder gegenüber dem Gegner, noch gegenüber dem Gericht, sondern lediglich eine Obliegenheit im eigenen Interesse. Jedenfalls ist — und darin befinde ich mich mit allen angesehenen Prozessualisten, mit Windscheid und mit den Anschauungen höchster Gerichtshöfe im Einklange — das Prinzip der Vertheilung der Behauptungslast ein prozessualisches.

Hält man also allgemeine Bestimmungen darüber, welcher Partei das Behaupten im Prozesse obliegt, für nöthig, so bringe man sie in die C. P. O., wo man sie etwa hinter § 250 stellen könnte.[4])

Etwas anders verhält es sich mit speziellen Regeln über die Behauptungslast. Wenn das allgemeine Prinzip dahin geht, daß behaupten muß, wer an der Berücksichtigung ein Interesse hat, so setzt die Anwendung desselben im speziellen Falle voraus, daß die

---

[1]) Vergl. pr. P. S. 720, Zeitschr. S. 411.

[2]) § 366 B. G. spricht ausnahmsweise korrekt von „Behaupten und Beweisen".

[3]) Deshalb sollte man die inkorrekte Wendung „Beweispflicht" aus der C. P. O. (§ 412) entfernen, jedenfalls aber im B. G. (§§ 367, 379) nicht verwenden.

[4]) Die bisherige Enthaltsamkeit der C. P. O. war durch die Rücksicht auf die Verschiedenheit des Privatrechtes veranlaßt und kann daher jetzt wegfallen.

Digitized by Google

privatrechtliche Bedeutung des fraglichen Umstandes, d. h. ob er Voraussetzung einer privatrechtlichen Wirkung ist, oder ob nur sein Gegentheil die Rechtswirkung hindert oder aufhebt, genau ermittelt ist. Es kann aus praktischen Gründen zur Hebung von gerechten Zweifeln nöthig sein, in dieser Beziehung einzelne gesetzliche Entscheidungen zu geben, und diese gibt man allerdings am besten im Privatrechtsbuch, aber nicht in einem besonderen Abschnitte, sondern im Anschlusse an die betreffende Materie. Auch sollte man solchen Regeln wenn irgend angängig die Form einer genaueren Bestimmung der privatrechtlichen Wirkungen der einzelnen Thatbestandsmomente geben, und es so zu erreichen suchen, daß die Erörterungen über die Behauptungslast (von der Beweislast ganz zu schweigen) aus den Privatrechtssystemen verschwinden, und die in das Gewand von Beweislastbestimmungen gekleideten Privatrechtsnormen wieder in ihrer Reinheit erscheinen.[1])

Von diesem Standpunkte aus würde ich den § 193 und den § 194 Abs. 1. B. G. als völlig entbehrlich ganz streichen, eventuell in die C. P. O. verweisen.[2])

Was die folgenden Bestimmungen anbetrifft, so würde ich § 195, der eventuell zu § 91 B. G. zu setzen wäre, und § 197, welcher in das Kapitel von den Bedingungen gehört, für ganz entbehrlich halten, da beide als ganz unbedenkliche Anwendungen des allgemeinen Prinzipes sich herausstellen. Namentlich ist § 91 bestimmt genug gefaßt, um darüber keinen Zweifel zu lassen, daß die Beobachtung der gesetzlichen Form eine regelmäßige und unumgängliche Vorbedingung der aus dem Geschäfte herzuleitenden Rechtswirkung ist.

Dasselbe gilt theilweise von § 194 Abs. 2. Wenn derselbe bestimmt: „Dies (d. h. daß der, welcher die rechtliche Wirkung eines Thatbestandes wegen besonderer, die regelmäßige Wirksamkeit ausschließender Thatsachen verneint, diese besonderen Thatsachen zu beweisen habe) gilt insbesondere für Rechtsgeschäfte, wenn geltend gemacht wird der Mangel der Geschäftsfähigkeit, der Uebereinstimmung des wirklichen Willens mit dem erklärten Willen, der Willensfreiheit wegen Drohung oder Betruges, oder wenn geltend gemacht wird, daß eine besondere Form rechtsgeschäftlich bestimmt worden sei", so ist das eine folgerichtige Anwendung des allgemeinen Prinzipes, soweit es sich um die Formabrede (§ 91)

---

[1]) So auch die Mot. I. S. 382.

[2]) Nicht ausdrücklich entschieden ist im Gesetze die Frage, ob und wieso diese Regeln auch auf negative Feststellungsklagen Anwendung finden sollen, und doch scheint mir diese spezielle Frage der positiven Regelung vorzugsweise bedürftig.

Digitized by Google

und um die Anfechtung wegen Drohung oder Betrug (§ 103) handelt. Insoweit ist die Bestimmung daher auch wohl entbehrlich. Eventuell wäre das Erforderliche zu § 91 bez. § 103 zu bemerken.

Soweit dagegen die Bestimmung den Mangel der Geschäftsfähigkeit und der Uebereinstimmung von Wille und Willenserklärung betrifft, ist sie in der Form inkorrekt und enthält früheren Bestimmungen des B. G. gegenüber eine offenbare Antinomie. Nach dem Abschnitte über die Rechtsgeschäfte erscheinen Geschäftsfähigkeit und Uebereinstimmung von Wille und Willenserklärung als ganz regelmäßige Voraussetzungen der Wirksamkeit des Geschäftes, nicht aber Geschäftsunfähigkeit und Willensmängel als besondere, die regelmäßige Wirksamkeit hindernde Mängel. Sie müssen daher, wenn das allgemeine Prinzip zur Anwendung gebracht wird, auch von dem behauptet und bewiesen werden, welcher aus dem Geschäfte Rechtswirkungen herleitet. Will man nun im Gegensatze dazu für den Prozeß erreichen, daß Geschäftsunfähigkeit und Willensmängel als Einreden figuriren, so muß man entweder die materiellen Bestimmungen über Geschäftsfähigkeit und Willensübereinstimmung so ändern, daß sie nicht mehr als regelmäßige Voraussetzungen erscheinen, sondern ihr Gegentheil als besonderer Nichtigkeitsgrund, oder man muß für das Vorhandensein der Geschäftsfähigkeit und der Willensübereinstimmung eine juristische Präsumtion aufstellen, welche dann bei den betreffenden Materien zum Ausdrucke zu bringen wäre.

Nicht wohl entbehrlich ist § 196, insofern derselbe eine erst in neuerer Zeit allgemein und klar erkannte Wahrheit zum Ausdrucke bringt, nämlich die, daß in der Behauptung der Errichtung eines Geschäftes unter Bedingung oder Befristung kein Zugeständniß der Behauptung eines unbedingten oder unbefristeten Geschäftes liegt. Hier handelt es sich in der That blos um Beweislast, nicht um Behauptungslast. Am richtigsten würde die Bestimmung zu § 262 Abs. 2 C. P. O. zu bringen sein. Dafür, daß sie lediglich eine weitere Ausführung dieser Vorschrift ist, zeugt schon der Umstand, daß die Kommentare zur C. P. O. an dieser Stelle die Erörterung über die Frage geben. Die Wahl der richtigen Stelle würde aber auch hier eine richtigere Fassung zur Folge haben, etwa: „Nicht als Geständniß anzusehen ist die Behauptung einer anderen Art der Begründung einer Rechtswirkung, insbesondere die Behauptung einer bedingten oder befristeten Begründung.“[1]) Inkorrekt ist § 239 B. G.:

---

[1]) Hölder, S. 154 bis 157, will den ganzen Abschnitt (§§ 193 bis 198) gestrichen haben; ebenso Bähr, S. 349. Auch Gierke, S. 1264, ist der Ansicht, daß der keine Schwierigkeit lösende Abschnitt nicht in das B. G. gehört;

Digitized by Google

„Wird von dem Schuldner die Unmöglichkeit einer Leistung geltend gemacht, so hat er zu beweisen, daß die Leistung nicht in Folge eines von ihm zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden ist.“ Zunächst hat das der Schuldner nicht zu beweisen, sondern nur zu behaupten. Ob er es auch beweisen muß, hängt davon ab, ob es bestritten wird und ob nicht etwa ein gerichtliches Geständniß oder Notorietät vorliegt, lauter Dinge, die im Prozeß zu erwägen sind. Daß aber der Schuldner eine Behauptung im Prozeß machen muß, liegt daran, daß privatrechtlich nach dem B. G. die Unmöglichkeit der Leistung ihn nur unter der Voraussetzung befreien soll, daß sie nicht in einem vom Schuldner zu vertretenden Umstande ihren Grund hat. Hätte man das im B. G. genügend zum Ausdrucke gebracht, so wäre die Beweislastbestimmung überflüssig.

Ganz dieselbe Einwendung ist zu machen gegen die §§ 367, 379, 425, 668 Abs. 2, 1299 Abs. 3, 2008 B. G., während § 4 Abs. 1 völlig entbehrlich erscheint.[1]) Die Streichung des 10. Abschn. 1. Buches wäre aber auch dann zu befürworten, wenn man diese Einzelbestimmungen beibehielte.

Eine besondere Bewandtniß hat es mit dem § 366 B. G. Daß bei einem gegenseitigen Vertrage die Erfüllungsklage von der Behauptung abhängt, daß Kläger die ihm obliegende Leistung bewirkt habe, ist lediglich eine ganz natürliche Folge des in § 193 B. G. aufgestellten allgemeinen Grundsatzes. Der Satz würde daher, wie § 193, entweder zu streichen oder in die C. P. O. zu übernehmen sein. § 366 bestimmt nun aber weiter, daß der Kläger dies „erst dann“ zu behaupten habe, nachdem es Beklagter bestritten hat. Die Vorschrift statuirt also — für die Theorie etwas ganz Neues — eine Umkehr der natürlichen Folge von prozessualischer Behauptung und Bestreitung. Damit ist zunächst klar, daß die Bestimmung auch nach dieser Hinsicht in die C. P. O. gehört, wenn sie überhaupt nöthig ist. Der Inhalt derselben ist praktisch gar nicht so ungeheuerlich, wie es dem Theoretiker scheinen möchte. Die Sache macht sich praktisch so, daß, wenn unter den Parteien Differenzen hinsichtlich der Erfüllung seitens des Klägers nicht bestehen, im Prozesse von diesem Punkte wenig oder gar nicht die Rede ist, daß dagegen im anderen Falle in der Regel Beklagter es ist, welcher in der Klagebeantwortungsschrift den Mangel rügt, so daß Kläger nunmehr in der mündlichen

---

Goldschmidt, S. 82 bis 84, will ebenfalls nur den § 196 bestehen lassen. Gegen die Fassung das. S. 18.

[1]) Ebenso wie die §§ 1 bis 3 des B. G. — Aber das B. G. kann doch nicht mit der „Todeserklärung“ anfangen!

Digitized by Google

Verhandlung volle Veranlassung hat, auf seine Klagbegründung in diesem Punkte ein besonderes Augenmerk zu haben.[1]) Es ist überhaupt nichts Ungewöhnliches, daß das Maß der Substantiirung der Klage sich nach dem Verhalten des Beklagten richten muß.[2]) Also gegen den Inhalt des Paragraphen ist nichts zu sagen. Aber man streiche ihn getrost. Denn was er sagen will, versteht sich von selbst. Man ist dann aber vor Mißverständnissen sicher und vermeidet den bei der Formulirung gemachten groben theoretischen Schnitzer.

Eine Ausnahme von der allgemeinen Regel, daß die Beweislast der Behauptungslast folgt, bilden namentlich die sog. einfachen Präsumtionen:[3]) „Wenn das Gesetz vorschreibt, daß eine Thatsache vermuthet werde, so gilt dieselbe für erwiesen" (§ 198 B. G.) oder, ohne Fiktion und ohne die durch das B. G. wie durch die C. P. O. durchlaufende Verwechselung von „Behauptung" und „Thatsache"[4]) ausgedrückt: „Eine Behauptung, für welche eine gesetzliche Präsumtion vorliegt, ist ohne Beweis bei der thatsächlichen Feststellung so lange zu berücksichtigen, als nicht das Gegentheil feststeht."

Daß diese allgemeine Regel über Präsumtionen in die C. P. O. gehört, wo sie ihre Stelle hinter § 260 oder § 264 finden würde, ergibt sich unmittelbar aus ihrem Inhalt.[5]) Anders verhält es sich — und zwar aus praktischen Gründen — mit den einzelnen civilistischen Präsumtionen. Diese stehen im engsten Zusammenhange mit den Privatrechtssätzen, aus denen sie ihren Stoff entnehmen und deren Wirkung zu verstärken sie bestimmt sind. Sie werden deshalb in dem Privatrechtsbuch zu belassen sein.[6])

§ 198 B. G. hat auch die sog. praesumtio iuris et de iure im Allgemeinen sanktionirt. Es fragt sich, ob dazu ein praktisches Bedürfniß

---

[1]) Sollte Beklagter erst in der mündlichen Verhandlung mit der Rüge herauskommen, so ist auch jetzt noch der Kläger völlig in der Lage, seine Klagbegründung zu vervollständigen.

[2]) Vergl. pr. P. S. 718. — Ein weiterer Grund gegen diejenigen, welche auch heute noch die vollständige Substantiirung schon bei der Klageerhebung als obligatorisch hinstellen.

[3]) Vergl. pr. P. S. 24 u. 716, Zeitschr. S. 411.

[4]) Auch in den §§ 577, 435 C. P. O. der neuen Fassung ist dieses Versehen nicht vermieden. Gibt es denn „unwahre Thatsachen?" (§ 424 C. P. O.).

[5]) Vergl. auch Wach, Handbuch des deutschen Civilprozeßrechtes I, S. 127. — Es würde dann gleichzeitig aus § 16 E. G. C. P. O., welcher überhaupt der Revision bedürftig ist, Z. 1 zu streichen sein.

[6]) Z. B. die in § 1282 B. G. wiedergegebene praesumtio Muciana.

Digitized by Google

besteht. Um das ermessen zu können, müssen zunächst Fiktion und praesumtio iuris et de iure von einander abgeschieden werden.

Die Fiktion[1]) liegt in der Fassung des Rechtssatzes.[2]) Der fiktive Satz verordnet seinem Wortlaute nach, daß etwas nicht Wirkliches als wirklich, etwas nicht Nothwendiges als nothwendig angesehen werden soll. Der Zweck dieser unwahren Beimischung im Ausdruck ist lediglich ein gesetzestechnischer. An die Wirklichkeit des Fingirten zu glauben, befiehlt das Gesetz nicht. Bei den Römern, von welchen wir dieses technische Mittel übernommen haben, handelt es sich dabei um einen doppelten Zweck, nämlich einmal darum, die Rechtsänderung möglichst wenig bemerkbar zu machen, wie bei der immerhin prekären Gesetzgebungsgewalt des Prätors und dem starren Festhalten der Römer am Prinzip, wenn auch unter Aufgabe aller Konsequenzen, räthlich erschien. Sodann war die Fiktion eine bequeme Uebertragung von Rechtswirkungen von einem Thatbestand auf den anderen.

Bei dem heutigen Gebrauch der Fiktion kann es sich nur um Bequemlichkeitsrücksichten, um Erzielung einer kurzen, einfachen Fassung handeln. Gleichwohl sollte man aber die Fiktion nur da anwenden, wo sich dieses Ziel ohne Fiktion nicht erreichen läßt, und das wird nur selten der Fall sein. Denn fiktiv gefaßten Gesetzen gegenüber erwächst der Auslegung und Anwendung immer die besondere Aufgabe, die fiktive Fassung klarzulegen, die darunter verborgene Rechtsnorm ihrem wahren Inhalte nach aufzudecken, und dann, namentlich bei Folgerungen und Analogien, nur mit dem wahren Rechtssatze zu arbeiten.[3]) Daß dabei mannigfache Zweifel und Irrungen, verschuldet durch die fiktive Fassung, vorkommen können, hat die C. P. O. — ich erinnere nur an den langweiligen Streit über § 39 — sattsam bewiesen.

---

[1]) Vergl. pr. P. S. 23 ff.

[2]) Z. B. der Satz: „Die Forderung geht durch den Ablauf der Verjährung unter", könnte in fiktiver Fassung lauten: „Verjährung gilt als Zahlung".

[3]) Zu welchen Ergebnissen würde man z. B. gelangen, wenn man auf Grund des § 129 Abs. 2 C. P. O.: „Thatsachen, welche nicht ausdrücklich bestritten werden, sind als zugestanden anzusehen" (statt nicht beweisbedürftig) an das bloße Nichtbestreiten alle Wirkungen des gerichtlichen Geständnisses knüpfen wollte. — Die Philosophen gebrauchen den Terminus „Fiktion", welchen sie von der „Abstraktion" durchaus unterscheiden, zur Bezeichnung des Unrichtigen, Unlogischen. Z. B. mit der These „Das Ding an sich ist eine Fiktion" (Stock, Descartes' Grundlegung der Philosophie, Greifswalder Dissertation 1888, S. 67) wird dem „Ding an sich" überhaupt die Existenzberechtigung abgesprochen.

Digitized by Google

Das B. G. scheint — im Gegensatze zu dieser Auffassung — den reichlichen Gebrauch der Fiktion für das non plus ultra der Gesetzgebungskunst zu halten. Fast auf jeder Seite, häufig in einem Paragraphen mehrmals, sind Fiktionen zu lesen, für deren Anwendung nicht der geringste Grund ersichtlich ist, da sich dasselbe gerade so einfach ohne Fiktion sagen ließe. Dieser ganz beispiellos dastehende Mißbrauch der Fiktion ist offenbar eine Hauptursache des äußerlichen ungünstigen Eindruckes, den das B. G. hervorgerufen hat, und es wird daher eine der wichtigsten Aufgaben der zweiten Lesung sein müssen, hier Einfachheit und Natürlichkeit wieder herzustellen.[1])

Doch ich kehre, nach dieser Abschweifung, zur praesumtio iuris et de iure zurück. Ich halte den Versuch, praesumtio iuris et de iure und Fiktion begrifflich zu scheiden, keineswegs für aussichtslos. Die Eigenschaft als Präsumtion liegt im Inhalte, nicht in der Form des Rechtssatzes. Es handelt sich bei der praesumtio iuris et de iure um eine völlige und unbedingte Befreiung vom Beweise.[2]) Der praktisch freilich nicht sehr wichtige Unterschied von einem reinen Privatrechtssatz, welcher an den gleichen Thatbestand direkt eine privatrechtliche Wirkung knüpft, besteht in dem prozessualischen Erforderniß, daß bei der praesumtio iuris et de iure die Behauptung nicht nur ihrer Voraussetzung, sondern auch der durch dieselbe festzustellenden Thatsache erforderlich bleibt, während im anderen Falle blos die erstere Behauptung nothwendig ist.

Damit ist aber nur die Möglichkeit einer Begriffsbestimmung und Abgrenzung der praesumtio iuris et de iure dargethan, keineswegs aber die Nothwendigkeit oder Nützlichkeit der Beibehaltung derselben. Im Gegentheil, es spricht Alles für ihre Beseitigung.[3])

Es ist schwer zu rechtfertigen, daß die thatsächliche Feststellung des einen Umstandes gesetzlich auf die Feststellung eines anderen so zu gründen ist, daß jeder Nachweis der Unrichtigkeit abgeschnitten ist. Handelt es sich um eine naturnothwendige Konsequenz, so ist die gesetzliche Sanktionirung überflüssig, handelt es sich nicht darum, so können nur, wie z. B. im Falle des § 150 C. P. O.,[4]) die dringendsten rechts-

---

[1]) Die gleiche Klage bei Gierke, S. 889 und Goldschmidt, S. 44.

[2]) Um bei dem früheren Beispiele zu bleiben, ließe sich die Wirkung der Verjährung, als praesumtio iuris et de iure normirt, so bestimmen: „Nach Ablauf der Verjährung wird unter Ausschluß des Beweises des Gegentheils vermuthet, daß die Forderung bezahlt ist.

[3]) Gegen die Beibehaltung auch Goldschmidt, S. 84.

[4]) Zeitschr. S. 433.

Digitized by Google

politischen Erwägungen es rechtfertigen, den Nachweis der Unrichtigkeit abzuschneiden. Liegen aber solche vor, so kann man statt der Präsumtion auch ebensogut einen einfachen Privatrechtssatz bilden, welcher direkt an die Präsumtionsvoraussetzung, nicht erst an die Präsumtionsfolgerung die betreffende rechtliche Wirkung knüpft. Jedenfalls könnte auf diese Art das einzige von den Motiven gegebene Beispiel einer praesumtio iuris et de iure leicht umgeformt, und damit das Institut aus dem B. G. ganz entfernt werden. Wenn nämlich die §§ 1466, 1468, 1470 eine entsprechende Fassung bekommen, so kann § 1469 ganz gestrichen werden. Man vergleiche folgende Fassung mit der des Entwurfes:

§ 1466. Ehelich ist das Kind, welches die Ehefrau während der Ehe empfangen oder geboren hat, wenn der Ehemann während der Empfängnißzeit der Ehefrau beigewohnt hatte.

§ 1468. Es wird vermuthet, daß der Ehemann während der Empfängnißzeit der Ehefrau beigewohnt hat.

§ 1470. Diese Vermuthung greift, wenn die Empfängnißzeit des Kindes ganz in die Zeit vor der Ehe fällt, nur dann Platz, wenn der Ehemann, ohne die Ehelichkeit des Kindes angefochten zu haben, verstorben ist.

Indem so die Ehelichkeit, wie es ja auch den thatsächlichen Verhältnissen entspricht, nicht an die direkt ganz unbeweisbare Thatsache der Erzeugung durch den Ehemann, sondern unmittelbar an die rechtlich allein relevante Kohabitation desselben geknüpft wird, ergibt sich ohne Weiteres eine einfachere und leichtere Normirung, sowie die erfreuliche Ersparniß der praesumtio iuris et de iure.

Im Uebrigen ist bei der Revision des Entwurfes Sorge zu tragen, daß nicht unter der Flagge der „Vermuthung" Kontrebande eingeschmuggelt wird.

Dahin rechne ich zunächst § 753 Abs. 2: „Es wird vermuthet, daß der Geschäftsherr gebilligt haben würde, was ein ordentlicher Hausvater hätte für angemessen erachten müssen". Dem Wortlaute nach und auf Grund der Definition in § 198 eine einfache Präsumtion, welche durch den aus der Liederlichkeit oder dem Eigensinne des Geschäftsherrn zu führenden Gegenbeweis beseitigt werden könnte. Die Motive (II S. 862) bestätigen zwar diese Auffassung, scheinen aber die daraus zuletzt gezogene Folgerung abschneiden zu wollen. Will man das aber, was durchaus zu billigen wäre, und sollen zugleich nicht auch hier wieder die Motive gegen das Gesetz den Ausschlag geben, so muß man das utiliter gestum objektiv bestimmen oder bezeichnen und die Präsumtion streichen.

Digitized by Google

Ein anderes Beispiel gibt § 21: „Die Todeserklärung begründet die Vermuthung, daß der Verschollene den Zeitpunkt ihrer Erlassung nicht überlebt habe.

In Ansehung der Beerbung des Verschollenen gilt die Vermuthung, daß er in diesem Zeitpunkte gestorben sei.“[1])

Der Ausspruch im Todeserklärungsurtheil, daß A. für todt erklärt wird und als maßgebender Zeitpunkt ein gewisser Tag festgesetzt werde, gründet sich allerdings auf bestimmte Präsumtionen. Er selbst ist aber keine Präsumtion. Denn er hat privatrechtliche und nicht bloße prozessualische Wirkungen. Er will einen Tag feststellen, an den hinsichtlich solcher Personen, bei denen sich der wirkliche Todestag nicht feststellen läßt, die Wirkungen zu knüpfen sind, welche sonst der Todestag im Gefolge hat. Damit steht schon fest, daß es sich nicht um eine prozessualische Präsumtion im gewöhnlichen Sinne handelt. Man wollte auch hier mit dem Worte Vermuthung etwas ganz Anderes, nämlich den Privatrechtssatz zum Ausdruck bringen, daß im Falle der Ermittelung des Lebens oder des wahren Todestages des für todt Erklärten eine Aufhebung der Wirkungen der Todeserklärung mit Rückziehung eintritt, daß der durch die Todeserklärung festgestellte Tag nur ein Subsidiartag sein soll, daß die Rechtskraft der Todeserklärung eine noch weniger unabänderliche ist, als die des gewöhnlichen Urtheils. Da somit die Bestimmung eine materielle und nicht eine nur für die thatsächliche Feststellung im Prozeß bestimmte Präsumtion ist, so muß der inkorrekte Ausdruck Vermuthung hier fallen, und etwa gesagt werden: „Der Tag der Todeserklärung steht dem Todestage gleich, so lange nicht das Leben oder die Todeszeit des für todt Erklärten ermittelt ist“, oder, wenn dies nur für das Erbrecht gelten soll: „Die Todeserklärung hat dieselbe Wirkung, als wenn der für todt Erklärte vorher gestorben wäre“. Uebrigens entspringt die unrichtige Verwendung des Wortes Vermuthung für die Wirkung der Todeserklärung einer im Allgemeinen glücklich überwundenen Gepflogenheit, nach welcher die Wirkung von Urtheilen überhaupt als Präsumtion bezeichnet wurde.[2]) Das Gesetz ist hier in einen Fehler verfallen, den seine eigenen Motive (I S. 369) rügen.[3])

Nicht lediglich um eine Präsumtion und auch nicht um eine bloße

---

[1]) Dazu zu vergl. §§ 1235, 1464, 1465, 1557, 1560, 2089, 2090 B. G.

[2]) Vergl. Art. 1350 code civil.

[3]) Ein ähnliches Bedenken entsteht zu § 826 B. G. (zu vergleichen mit den §§ 837—839 B. G.). — Erschöpft die Aufstellung der prozessualischen Präsumtion die Bedeutung der Eintragung?

Digitized by Google

Beweislastfrage handelt es sich in dem Falle des § 729.[1]) Wer im Falle der römischen actio de effusis et dejectis haftet, soll frei sein, wenn er die Person nachweist, welche die beschädigende Handlung verübt hat, oder wenn er nachweist, daß er für die Haftung nach allgemeinen Grundsätzen nicht verantwortlich ist. Hier ist die *privatrechtliche* Wirkung der Befreiung der Haftung nicht von dem befreienden privatrechtlichen Thatbestande (Thäterschaft eines Anderen, mangelnde allgemeine Haftung), sondern von seinem *Nachweise* abhängig gemacht. Es wäre das entschieden inkorrekt, wenn man dabei an die Beweisführung im *Rechtsstreit* dächte. Man kann aber auch einen *vor* der Prozeßführung zu liefernden Nachweis mit befreiender Wirkung im Auge haben. Besser wäre es aber, jede Zweideutigkeit in dieser Beziehung zu vermeiden. Gegen die Konstruktion der Motive, nach welchen der Gebäudeinhaber selbst als der Schuldige *vermuthet* werde, muß aber Verwahrung eingelegt werden. Wenn man das wollte, so hätte man diese Vermuthung im Gesetze aufstellen müssen, womit dann die Sache — vielleicht gar nicht so übel — ihre Erledigung gefunden hätte.[2])

Von dem zweiten Titel, *Todeserklärung*, welcher übrigens mit dem ersten Titel, von dem nur § 4 Abs. 2 u. 3 von Erheblichkeit ist,[3]) kombinirt werden könnte, sind eine große Zahl von Bestimmungen rein prozessualischer Natur und deshalb in das 9. Buch der Civilprozeßordnung zu verweisen.[4]) — Die Todeserklärung, welche die Feststellung, daß die rechtlichen Wirkungen, welche aus dem Tode eines Menschen eintreten, in concreto einzutreten haben, mit Wirkung gegen Jedermann bezweckt, charakterisirt sich lediglich als ein Aufgebotsverfahren, als das Aufgebot eines Menschen. Wie nothwendig es aber ist, endlich die prozessualischen Bestimmungen über das Aufgebot an einem Orte vereinigt zu haben, ist bereits dargelegt. Die Motive geben für die ganz prinzipwidrige Uebernahme derselben in das B. G. nicht den geringsten Grund an. Die §§ 9 bis 20, 22 bis 24 B. G. wären also unter allen Umständen in die C. P. O. zu bringen,[5]) die §§ 5 bis 8, 21 können da-

[1]) Das B. G. selbst spricht hier nicht von Vermuthung, wohl aber die Motive (II S. 805).

[2]) Von den Präsumtionen zu unterscheiden sind auch die vorzugsweise für letztwillige Verfügungen gegebenen gesetzlichen Auslegungsregeln für den Zweifelsfall. Vergl. die §§ 1761 ff., 1766, 1769, 1771, 1772 bis 1776, 1778, 1788, 1802, 1803, 1811 B. G.

[3]) Vergl. übrigens Bekker, System und Sprache, S. 10 ff.

[4]) So auch Bekker a. a. O S. 13, 86.

[5]) § 22 erscheint dann aber völlig entbehrlich. Die dort bezeichnete Wirkung der Aufhebung ergibt sich ganz von selbst.

Digitized by Google

gegen dem B. G. verbleiben.[1]) Dabei wird nicht übersehen, daß § 20 ein Ausschlußverfahren *ohne Aufgebot*, oder richtiger mit einem *vereinfachten* Aufgebot, anordnet. Dieser rein äußere Unterschied von dem Aufgebotsverfahren (das Wesen der Feststellung bleibt unverändert) dürfte aber um so weniger ein Hinderniß sein, den Paragraphen in das Kapitel über Aufgebote zu übernehmen, als im Uebrigen zahlreiche Vorschriften der C. P. O. über Aufgebot auch auf dieses Verfahren Anwendung finden. Will man bezüglich der Ueberschriften peinlich genau sein, so nenne man das 9. Buch der C. P. O., welches übrigens richtiger an achter Stelle stehen sollte, „Aufgebots- und Ausschlußverfahren".

Mit dem dritten Titel des zweiten Abschnittes (Altersstufen, Entmündigung, §§ 25 bis 29 B. G.) könnte, namentlich wenn der bis auf den in das Familienrecht zu verweisenden § 30 Abs. 3 ganz inhaltlose vierte Titel (Verwandtschaft, Schwägerschaft §§ 30 bis 33) gestrichen wird, der erste Titel des vierten Abschnittes (Geschäftsfähigkeit, §§ 64 bis 71) sehr wohl verbunden werden. Aus diesem Gebiete würde § 27 in das f. G. zu verweisen sein. Die §§ 28, 29 B. G. enthalten überflüssige Wiederholungen der §§ 593, 621 C. P. O. (in der durch Art. 11 des E. G. B. G. geänderten Fassung). Will man diese und zugleich die ganz unzulänglichen Definitionen von Geisteskrankheit und Verschwendung[2]) vermeiden, so ergibt sich die, ähnlich bereits von Bekker vorgeschlagene, Fassung: „die Entmündigung ist zulässig

1. wegen Geisteskrankheit,
2. wegen Verschwendung,
3. wegen unordentlicher Geschäftsführung,
4. wegen Mißbrauch von [Alkohol und anderen, z. B. Morphium, Kokaïn] nervenzerrüttenden Genußmitteln."

---

[1]) §§ 5 u. 6 ließen sich kombiniren: „Ein [Deutscher?] kann für todt erklärt werden, wenn" u. s. w. Es wäre dadurch das unleidliche „gilt als verschollen" (vergl. Bekker a. a. O. S. 68) vermieden, das auch in den §§ 7 u. 8 durch die Worte „kann für todt erklärt werden" zu ersetzen wäre. Wegen der nothwendigen Abänderung von § 21 s. o. S. 27.

[2]) Vergl. darüber Bekker a. a. O. S. 69, Hölder S. 33. Die Bedenken gegen die Definition der Geisteskrankheit, bei der man offenbar keinen Vertreter der Psychiatrie zu Rathe gezogen hat, scheinen aber noch schwerwiegender wie die gegen die Definition der Verschwendung. Werden die Worte „des Vernunftgebrauches beraubt" ernstlich und im Sinne der Psychiatrie genommen, so ist eine Entmündigung wegen Geisteskrankheit kaum jemals möglich, da man auch in den Irrenanstalten Menschen ohne jeden Vernunftgebrauch nicht oder doch nur sehr spärlich finden wird. Soll die Definition aber nicht ernst genommen werden, wozu gibt man sie denn?

Digitized by Google

Es würde dabei hier zugleich die bereits anderweit gerügte Terminologie Mensch gleich Person, die namentlich, wenn der freilich besser zu vermeidende Terminus „Juristische Person" beibehalten werden sollte, ganz unleidlich wird, in Wegfall kommen.[1])

Die Verweisung auf § 613 Abs. 2 C. P. O. im § 71 Abs. 2 B. G. ist unschön. Die Bestimmung muß eine selbständige Fassung erhalten.

Aus dem Abschnitt „Juristische Personen" gehört § 57 nebst der Verweisung darauf in § 61 offensichtlich in die K. O. § 50 Abs. 3 hat Berührung mit dem f. G. Die nähere Bestimmung der Blätter in § 52 könnte unterbleiben.

Aus dem Abschnitte „Rechtsgeschäfte" würden die §§ 75, 76, 121 Abs. 3 in das f. G. zu verweisen sein.

Zu § 107 Abs. 1 würde zu erwägen sein, ob nicht die Worte „durch" bis „erfolgende" sowie „gesetzliches oder gerichtliches" ohne Schaden gestrichen werden könnten. Abs. 3 dieses Paragraphen gehört in die K. O., Abs. 4 in die C. P. O.

Ebenso würde zu prüfen sein, ob nicht in § 135 die Worte „von" bis „Arrestvollziehung" gestrichen werden könnten.

Von § 133 gehören Abs. 2 und 4 in die K. O. bez. C. P. O. Abs. 1 ist in der vorliegenden Form unerträglich, weil er der landläufigen Verwechselung der privatrechtlichen Kautionsforderung und des prozessualischen Arrestschutzes Vorschub leistet.[2]) Will man eine privatrechtliche Kautionsforderung gewähren, so muß die Bestimmung selbständig, ohne Beziehung auf den Arrest formulirt werden. Anderenfalls würde es genügen, daß in § 796 Abs. 2 C. P. O. die Worte „bedingter oder" eingeschoben werden.

Bei dem sechsten Abschnitte, „Zeitbestimmungen", ist mit Gierke[3]) zu fragen, warum § 149 B. G., anders wie § 200 C. P. O., die Sonntage und Feiertage bei der Endigung der Frist nicht ausgenommen hat.

Im Uebrigen hat zwar Art. 11 des E. G. die Bestimmungen der C. P. O. (§§ 199, 200) in eine gewisse Uebereinstimmung mit dem B. G. gebracht. Es dürfte aber vielleicht in dieser Materie, welche allen Zweigen der Gesetzgebung gemeinsam ist, angängig sein, die grundsätzliche Regelung nur in dem B. G. zu geben, die allgemeine Bedeutung dieser Normen

[1]) Vergl. Bekker a. a. O. S. 68. Auch in den §§ 13 und 18 C. P. O. würde „Mensch" statt „Person" gesagt werden müssen. Die C. P. O. hatte bisher die juristische Person nicht aufgenommen. Vergl. auch Meischeider, die alten Streitfragen, S. 4.

[2]) Vergl. Zeitschr. S. 427, pr. P. S. 770. Ueber die inhaltlichen Bedenken Goldschmidt S. 18.

[3]) S. 1257.

Digitized by Google

noch schärfer, als es in § 147 geschehen ist, zum Ausdrucke zu bringen und, soweit dies noch nöthig scheinen sollte, in allen anderen Gesetzen darauf zu verweisen. In der C. P. O. würden dann die §§ 199, 200 ganz fehlen oder durch den Satz: „Die Berechnung der Fristen richtet sich nach den Vorschriften des B. G.", ersetzt werden können.[1])

Das B. G. hat den Abschnitt über die Verjährung unter Aufgabe der Bezeichnung „Klagenverjährung" voll und ganz dem Privatrecht zugetheilt. Es ist das durchaus zu billigen.[2]) Da das Institut aber vornehmlich mit Rücksicht auf seine römische Entwickelung als praescriptio actionis dem Grenzgebiet zwischen Prozeß und Privatrecht angehört oder doch angehört hat, so erscheint es geboten, demselben im weiteren Verlaufe dieser Arbeit eine besondere Betrachtung zu widmen.[3]) Diese wird denn auch Gelegenheit bieten, einiges in den Normen über Verjährung enthaltene Prozessualische im Einzelnen zu erörtern.

Die Bestimmungen über Selbsthülfe sind mit Recht in das B. G. gebracht. Es dürfte das auch hinsichtlich des § 189 B. G. trotz seines Zusammenhanges mit dem Prozeßrechte gelten. Dagegen bietet die Fassung der §§ 188, 189 B. G. die Gelegenheit zu einer Bemerkung über Volksthümlichkeit bez. Gemeinverständlichkeit. Daß die Annahme, Jeder müsse die Gesetze kennen, lediglich eine Fiktion ist, daß die bei Abfassung des preußischen A. L. R.[4]) aufgestellte Forderung, daß das Gesetzbuch gleich Katechismus und Gesangbuch in Jedermanns Besitz sein und Jedem ohne Weiteres verständlich sein müsse, einer Utopie sehr ähnlich sieht, darüber ist heute alle Welt einig. Daraus darf man nun aber nicht folgern, daß das Gesetzbuch so komplizirt und den Bahnen einfachen und klaren Denkens entrückt zu gestalten sei, daß ein Laie mit dem Worte des Gesetzes überhaupt keinen Sinn zu verbinden vermag, und daß auch der Jurist erst nach langer Mühe den nächsten Sinn der Gesetzesworte zu ermitteln vermag, um sich dann noch in vielen Fällen durch die Motive belehren zu lassen, daß diese mit jenen Worten einen ganz anderen Sinn verbinden. Es ist in der That nicht zu viel verlangt, daß der Jurist, und regelmäßig auch jeder Gebildete, in den Gesetzesworten auch ohne Hülfe der Motive einen Sinn finden kann, und daß dieser Sinn auch zunächst zutrifft.

---

[1]) Ein Gleiches würde insbesondere für H. G. B., W. O. und St. P. O. zu erstreben sein. — Die §§ 196, 197 C. P. O. würden aus dem Titel „Zeitbestimmungen" in den Titel „mündliche Verhandlung" zu übertragen sein.

[2]) A. M. Gierke S. 1258, Hartmann im Archiv f. d. civilist. Praxis 73 S. 347.

[3]) s. u. § 10.

[4]) pr. P. S. 11.

Digitized by Google

In manchen Fällen wird man aber noch weiter gehen und die Anforderung stellen müssen, daß auch der einfache Bürger und Bauersmann das Gesetz verstehen kann, nämlich dann, wenn es sich um Gesetze handelt, welche Jeder auf eigene Verantwortung und ohne die Möglichkeit, sich rechtsverständigen Beirathes zu bedienen, handhaben muß. So wird es nicht zu viel verlangt sein, daß die Bestimmungen über erlaubte Selbsthülfe auf jedem Dorfe bekannt und verstanden sein müssen, daß sie wenigstens in die Dienstinstruktion der Gemeindevorsteher und Ortsschulzen aufgenommen werden können, damit sich der Bauer bei diesen vorkommenden Falles schleunige Auskunft holen könne. Und nun denke man sich die verdutzten Gesichter von Leser und Hörer, wenn die Lektüre also anhebt: „Selbsthülfe mittels Handlungen, welche an sich unerlaubt sind, ist unerlaubt, soweit nicht das Gesetz ein Anderes bestimmt" u. s. w.[1])

Zu § 201 B. G. würde zu erwägen sein, ob nicht § 101 C. P. O. mit der Vorschrift in Einklang zu bringen ist.[2])

Wer an den Allgemeinen Theil eines Gesetzbuches den Maßstab der Pandektenlehrbücher anlegt, wird in dem Allgemeinen Theile des B. G. einen Abschnitt über „Rechtshängigkeit" vermissen. Man wird aber dem B. G. hier beizustimmen haben. Die allgemeinen Wirkungen der Rechtshängigkeit gehören in die C. P. O., und zwar auch die privatrechtlichen. Was die Einwirkung der Rechtshängigkeit auf besondere privatrechtliche Institute anbelangt, so kann es allerdings unter Umständen nicht angehen, die Regelung von der Ordnung des betreffenden Instituts überhaupt zu trennen, so z. B. die Einwirkung des Prozeßbeginnes auf Verjährung und Ersitzung. Aber dann gehört die Bestimmung in den betreffenden speziellen Theil des B. G., und ein besonderer Abschnitt über Rechtshängigkeit oder Streitbeginn bleibt entbehrlich.

Die auf die Steigerung der Haftung in Folge des Prozeßbeginnes gerichteten Vorschriften hat das B. G. theils im Obligationenrecht, theils im Sachenrecht, theils im Erbrecht gebracht.[3]) Es würde zu erwägen sein, ob nicht statt dessen entweder der römische Grundsatz, daß Kläger so zu stellen ist, wie wenn er schon zur Zeit des Prozeßbeginnes klaglos gestellt wäre, allgemein proklamirt werden könnte, und eine solche Regel würde ich am liebsten in der C. P. O. sehen, oder ob man nicht die Steigerung der Haftung ganz auf Mahnung und Verzug

---

[1]) Uebereinstimmend Hölder S. 153, Bähr S. 344, Gierke S. 1263. Weitere Bedenken bei Hölder S. 151 ff., Goldschmidt S. 80.

[2]) Vergl. im Uebrigen Hölder S. 157.

[3]) Vergl. §§ 244 ff., 933 ff., 1017, 1155, 2085, 2086 B. G.

Digitized by Google

abstellen könnte. Der Prozeßbeginn käme dann nur insofern in Betracht, als die Klagzustellung regelmäßig die Mahnung ersetzt. Ob es übrigens gerathen ist, ganz allgemein und in Fiktionsform auszusprechen, daß Klagerhebung und Zustellung des Zahlungsbefehles als Mahnung gelten (§ 245 Abs. 1 B. G.), ist nicht unzweifelhaft. Denn wenn eine öffentliche Zustellung erfolgt, so erfährt regelmäßig der Beklagte nichts von der Klagerhebung. Man wird also die Folgen dieses Aktes nicht an die Mahnung, sondern nur an den Prozeßbeginn anknüpfen können.[1])

In einer anderen Beziehung ist dagegen auf eine empfindliche Lücke hinzuweisen. Es fehlt bisher, von Spezialbestimmungen abgesehen, an einer reichsrechtlichen Regelung der Zulässigkeit des Rechtsweges. Eine solche ist aber für ein Rechtsgebiet, welches ein einheitliches Privatrecht und einen einheitlichen Civilprozeß haben will, ganz unentbehrlich. Es geht, nachdem Privatrecht und Prozeß einheitlich geworden sind, doch nicht an, daß bezüglich dieser Vorfrage alles prozessualischen Vorgehens die Landesgesetze maßgebend sind. Und wenn noch das Landesrecht auch nur der größeren deutschen Staaten eine erschöpfende Regelung hätte!

In Preußen herrscht in dieser Beziehung fast völlige Regellosigkeit. Der Richter soll im einzelnen Falle sein Urtheil finden. Das ist, wie ich schon früher gezeigt habe,[2]) auf rein logischem Wege nicht möglich. Es entscheiden vielmehr subjektive Anschauungen oder Gefühle des Richters, und durch den verschiedenen subjektiven Standpunkt hinsichtlich der Frage, ob es zweckmäßig sei, den Rechtsweg zu erweitern oder einzuschränken, erklären sich vornehmlich die zahlreichen Meinungsverschiedenheiten zwischen den ordentlichen Gerichten und dem Gerichtshof zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte.

Das Gerichtsverfassungsgesetz ist der Frage bekanntlich durch seinen § 13 aus dem Wege gegangen. Es bestanden damals doppelte Hindernisse der Lösung: die Verschiedenheit des Privatrechtes und die politische Seite der Frage.

Das erste dieser Hindernisse würde mit der angestrebten Einheitlichkeit des Privatrechtes fallen. Bezüglich des anderen wäre es zu wünschen, daß es gelänge, die Frage dem Parteikampfe zu entziehen und dann eine gedeihliche Lösung derselben zu finden. Man wird freilich einwenden, daß die Frage eine staatsrechtliche sei. Daraus folgt aber nur, daß sie nicht in dem B. G. selbst, sondern in dem E. G. oder in einem besonderen Gesetze zu entscheiden wäre. Ihre Lösung ist im Interesse der gedeihlichen Entwickelung unserer Rechtspflege und unseres Rechts un-

[1]) Vergl. hierzu Bähr S. 347.

[2]) Zeitschr. S. 413.

Digitized by Google

aufschiebbar. Zum wenigsten müßte das E. G. die Bestimmung enthalten: „Vor die ordentlichen Gerichte gehören alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, in denen das erhobene Begehren auf die Normen des B. G. gegründet ist, sofern nicht durch Reichsgesetz Ausnahmen bestimmt oder zugelassen sind."

3. Recht der Schuldverhältnisse.

§ 4.

Die Grundsätze, nach denen über die Pflicht zur Tragung der Kosten des Rechtsstreites zu entscheiden ist, sind mit Recht in der C. P. O. enthalten. Wenn eine besondere Bestimmung in Bezug auf die Prozesse des Konkursverwalters in der K. O. (§ 9 Abs. 2) steht, so ist das deshalb gerechtfertigt, weil diese Prozesse zum Konkursverfahren im weiteren Sinne gehören.

Dagegen ist es nicht angängig, Regeln, welche das Prozeßgericht bei der Entscheidung über den Kostenpunkt unmittelbar zu beachten hat, im B. G. zu geben. Eine solche ist aber im § 308 enthalten, wenn bestimmt wird, daß der Schuldner, welcher von dem Zessionar vor formgerecht erfolgter Denunziation verklagt wird, für die Kosten, welche durch das Bestreiten der Uebertragung verursacht sind, „nicht haftbar" wird. Die Bestimmung bildet eine Ergänzung des § 89 C. P. O., welche, wenn sie überhaupt in dieser speziellen Fassung für nothwendig erachtet wird, als § 89a in die C. P. O. zu bringen ist. Uebrigens ist die Bestimmung schlecht gefaßt. Es handelt sich, wie die Motive (II, S. 138) bestätigen, nicht blos um Haftung gegenüber dem Gläubiger, sondern um die Kostenpflicht überhaupt, in der doch auch die Haftung gegenüber dem Gerichte steckt.

Die Bestimmungen in §§ 402 und 403 B. G. gehören, insoweit sie eine Ausdehnung der für die probatio in perpetuam rei memoriam in den §§ 447, 450 C. P. O. gegebenen Voraussetzungen für den Fall von Viehmängeln statuiren, rein prozessualische Vorschriften.[1] Auch die Bestimmung des § 406 über den Verkauf des Thieres während des Rechtsstreites auf einseitigen Antrag würde ich lieber in der C. P. O. sehen.

Die in § 304 gegebene Regel, daß ein rechtskräftiges Urtheil, welches in einem nach der Zession zwischen Zedenten und Schuldner an-

[1] Dabei wäre zu erwägen, ob durch Ersatz des „kann" in § 450 C. P. O. durch „muß" es nicht den Parteien zu ermöglichen wäre, jede von ihnen übereinstimmend für nothwendig erachtete Beweisaufnahme vor der Verhandlung der Sache vornehmen zu lassen. Es wäre dadurch ein Mittel gegeben, in zahlreichen Civilprozessen die doppelte mündliche Verhandlung zu sparen.

Digitized by Google

hängig gewordenen Rechtsstreit ergangen ist, in der Regel dem Zessionar entgegensteht, stände besser mit der gesammten Ordnung der Rechtskraft in der C. P. O.

Eine höchst bedenkliche Bestimmung ist die des § 746: „Ist eine Leistung auf Grund eines vorläufig vollstreckbaren Urtheiles bewirkt und wird das Urtheil aufgehoben, so ist der Rückforderungsanspruch schon mit dem Zeitpunkte der Leistung als rechtshängig geworden anzusehen."

Was soll diese neu erfundene Fiktion der Rechtshängigkeit? Die Motive (II, S. 848) sagen, weil nach Erlaß eines vorläufig vollstreckbaren Urtheiles nach den Vorschriften der C. P. O. die Rechtshängigkeit des Hauptanspruches fortdauere, so sei auch der Rückforderungsanspruch sofort mit der Leistung als rechtshängig geworden anzusehen. Da dies aus der C. P. O. jedoch nicht zur Genüge hervorgehe, so sei eine jene Auffassung anerkennende Bestimmung hier nothwendig gewesen.

Richtig ist daran nur, daß eine solche „Rechtshängigkeit" aus der C. P. O. nicht nur nicht zur Genüge, sondern überhaupt gar nicht hervorgeht. Im Uebrigen wird auch durch die Motive die Lösung dieses Räthsels nicht gefördert. Dem äußeren Anscheine nach handelt es sich um eine Fiktion. Wie weit soll mit derselben Ernst gemacht werden? Soll insbesondere die Geltendmachung der Rückforderung in einem besonderen Rechtsstreit verboten sein?

Jedenfalls ist die Bestimmung lediglich eine Ergänzung des § 655 C. P. O. und dorthin muß man sie, aber in einfacher und klarer Fassung, stellen.

Aus den Bestimmungen über das Aufgebot der Inhaberpapiere (§§ 692—696) ist ebenfalls das Prozessualische zu entfernen und in die C. P. O zu übernehmen.

§ 724 Abs. 4 ist lediglich eine nähere Bestimmung der Regeln der C. P. O. über die vorläufige Vollstreckbarkeit der Alimentenurtheile, welche bei § 648 Nr. 6 C. P. O. ihren Platz finden muß.

Die besonderen Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung aus Urtheilen, welche eine Verurtheilung zur Erfüllung Zug um Zug oder nach Empfang der Vorleistung oder eine alternative Verurtheilung nach Wahl des Schuldners aussprechen (§§ 865 Abs. 2[1]) und § 210 Abs. 1), gehören ebenso offensichtlich in die C. P. O.[2]). Es ist um so weniger

[1]) Vergl. auch § 428 B. G.

[2]) Vergl. auch Mot. II, S. 8.

Digitized by Google

Veranlassung, dieselben in dem B. G. zu behalten, als Art. 11. E. G. B. G. einen neuen, ebenfalls die Vollstreckung von Urtheilen auf Erfüllung Zug um Zug betreffenden § 676a in die C. P. O. einschalten und die §§ 664 Abs. 2, 684 C. P. O. in dieser Richtung abändern will.[1])

Die in dem Titel über „Kauf und Tausch" untergebrachten §§ 468, 485 B. G. enthalten ebenso wie der im allgemeinen Theile des Vertragsrechtes stehende § 395 Vorschriften, welche für die Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung bestimmt sind, namentlich Verbot des Auftretens der Vollstreckungsorgane als Käufer, Ausschluß des Vorkaufsrechtes und Ausschluß der Gewährleistung wegen Mängel. Diese Bestimmungen gehören ebenso wie die §§ 717, 718 C. P. O. in die C. P. O. Da sie auch für die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen gelten, so sind sie entweder zu den allgemeinen Bestimmungen zu setzen, oder es ist, was vorzuziehen sein dürfte, bei der Ordnung der Immobiliarzwangsversteigerung auf dieselben Bezug zu nehmen. Auf diese Art wird es zugleich verhütet, daß in dem Streite darüber, ob bei der Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung ein Kaufvertrag abgeschlossen werde oder nicht,[2]) aus der Stellung dieser Paragraphen in den Titeln „Kauf und Tausch" bez. „Rechtsgeschäfte unter Lebenden" ein beiläufiges Argument entnommen wird. Es kann nicht die Absicht der Kommission sein, diese Streitfrage hier ganz nebenher entscheiden zu wollen. Jedenfalls wird sie dadurch und selbst durch den gesetzlichen Gebrauch des Wortes „Kaufvertrag" in Bezug auf diese Art der Veräußerung nicht entschieden. Die Antwort ist lediglich im Wege der Konstruktion aus der Gesammtheit der das Institut beherrschenden Normen zu entnehmen.[3])

---

[1]) Inhaltlich erscheint es fraglich, ob nicht die getroffene Regelung zu kompliziert ist. Will man im Allgemeinen für die Ertheilung der vollstreckbaren Ausfertigung von dem Nachweise der Befriedigung oder des Verzuges absehen, so dürfte es, statt davon Ausnahmen zu machen und fakultativ noch eine zweite, vollkommenere Art von Ausfertigung einzuführen, einfacher sein, auch in den Fällen der §§ 684, 779 C. P. O. eine Bescheinigung des Gerichtsvollziehers über vergebliches Angebot genügen zu lassen. Oder man legitimire in allen Fällen den Gerichtsvollzieher zur Vornahme des Angebots auch ohne vollstreckbare Ausfertigung und ertheile dann die Ausfertigung stets nur auf Grund des Nachweises dieses Angebots.

[2]) Vergl. Krech u. Fischer, Zw. O. S. 108 ff., 803, pr. P. S. 747, 757.

[3]) Pr. P. S. 27 u. 28; s. o. § 1 S. 4. — § 469, welcher den § 468 auf Veräußerungen anderer Art ausdehnt, ist eventuell in das f. G. aufzunehmen.

Digitized by Google

Auch die Bestimmungen über die Ueberweisung von Forderungen im Wege der Zwangsvollstreckung (§ 294 Abs. 1 [zum Theil], Abs. 3 u. § 307) gehören in die C. P. O. zu § 736. Wer die Motive zu § 294 Abs. 2 (II S. 120, 121) unbefangen liest, glaubt sicherlich die Motive zu einer Prozeßordnung zu lesen.

Die Konkursordnung hat ihren Bestimmungen über die Erfüllung der Rechtsgeschäfte eine Klausel angehängt, durch welche anderweitige besondere Bestimmungen über die Einwirkung des Konkursverfahrens auf Rechtsgeschäfte bestehen bleiben (§ 20 K. O.). Es wäre jetzt an der Zeit gewesen, diese Vorschrift durch die Aufnahme der Spezialbestimmungen in die K. O. selbst zu ersetzen. Statt dessen hat das E. G. (Art. 13) den § 20 K. O. nur unwesentlich verändert, und sind die Bestimmungen über Einwirkung des Konkurses auf Auftrag und Gesellschaft in dem B. G. (§§ 602, 653) gegeben, während die Vorschriften hinsichtlich der Fixgeschäfte, sowie bezüglich Sachmiethe, Pacht und Dienstmiethe der K. O. verbleiben. Ein Prinzip ist darin nicht zu entdecken.

Die Vorschrift des § 277 B. G., daß ein solvendi causa gemachtes Depositum nicht zur Konkursmasse gehört — eine Regel, die nur mit Rücksicht auf das im B. G. anerkannte Recht der Zurücknahme eines besonderen Ausdruckes bedarf — gehört in den § 1 K. O.

Sehr bedenklich ist § 297 B. G., insofern derselbe bei einer Zession die im § 54 K. O. festgesetzten „Vorzugsrechte" im Konkurse auch dem Zessionar zuspricht. Nicht als ob dem Zessionar die Befriedigung nach dieser Rangordnung zu versagen wäre. Aber es ist eine das prozessualische Wesen der Rangordnung im Konkurse verkennende Auffassung, wenn man die der Forderung im Konkurse gegebene Stellung als ein mit der Forderung verbundenes privatrechtliches Vorzugsrecht auffaßt. Jedenfalls aber gehört die Bestimmung in die K. O. zu § 54.

Von den über Tilgung einer Verbindlichkeit durch Hinterlegung der Schuld bez. durch Hinterlegung des Erlöses aus der geschuldeten Sache handelnden §§ 272—280 würden die Vorschriften über das Verfahren dem f. G. zu überweisen sein. Durch das hier dem Schuldner gegebene Recht der Zurücknahme wird die Materie ganz unnöthig komplizirt. Dafür, daß im Falle einer nicht gerechtfertigten Hinterlegung, insbesondere bei einer irrthümlichen Hinterlegung, der Schuldner das Hinterlegte zurückerhalten kann — der einzige Grund, den die Motive für die Bestimmung anführen —, würde auch sonst gesorgt sein. Freilich würde dann die nöthigenfalls prozessualisch zu erzwingende Bewilligung des Gläubigers, zu dessen Gunsten hinterlegt ist, erforderlich sein. Es wäre das aber völlig gerechtfertigt, zumal ein besonderes öffentliches Interesse daran, daß von dieser Hinterlegung

Digitized by Google

ein reichlicher Gebrauch gemacht werde, nicht besteht. § 273 Abs. 2 erscheint überflüssig.

§ 769 Abs. 2 B. G. gehört in das f. G. Es würde dadurch auch besser, als es jetzt geschehen ist, zum Ausdruck gebracht, daß die Veräußerung zum Zwecke der *Auseinandersetzung*, obwohl sie nach den Vorschriften des Zwangsvollstreckungsrechts erfolgt, doch nicht zur streitigen, sondern zur freiwilligen Gerichtsbarkeit gehört.[1]) Ein ähnlicher Gesichtspunkt greift hinsichtlich des § 777 B. G. Platz, welcher den im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit abzunehmenden *privatrechtlichen Offenbarungseid* regelt, und hinsichtlich des Verfahrens gewisse Bestimmungen über den Offenbarungseid im Zwangsvollstreckungsverfahren maßgebend sein läßt. Auf das Verfahren sollen nämlich die §§ 780, 781 Abs. 1, 783 C. P. O. mit der Maßgabe Anwendung finden, daß auch der *Verpflichtete* laden kann. Dasselbe ließe sich ebenso kurz, aber viel klarer und deutlicher, ohne Bezugnahme auf die C. P. O. sagen. Vor Allem wird es dann vermieden, daß eine der trostlosesten Kontroversen des Civilprozeßrechtes, nämlich die, ob das Gericht vor der Terminsbestimmung die Voraussetzungen der Verpflichtung zur Eidesleistung zu prüfen hat, und die damit in Verbindung stehende Frage, ob mit der Eidesabnahme auch in Abwesenheit des Gläubigers zu verfahren ist, ganz ohne Noth auf dieses durchaus anders geartete Gebiet übertragen wird.[2]) Dem Berechtigten einseitig das Ladungsrecht zu geben, mag aus praktischen Gründen gerechtfertigt sein. Doch ist daran festzuhalten, daß im Falle des Nichterscheinens des Schuldners das Verfahren zunächst erledigt ist.

Die Motive (II S. 895) benutzen diesen Paragraphen, um zwei offenbar unrichtige Bemerkungen zu machen, gegen welche von vornherein Verwahrung einzulegen ist. Sie meinen, im Falle der Eidesweigerung sei der Gläubiger im Allgemeinen auf die Geltendmachung seines *Interesses* beschränkt. Das ist unrichtig, wäre auch gerade in diesem Falle sehr unpraktisch. Der Schuldner kann — nach vorgängiger Verurtheilung im Wege des ordentlichen Rechtsstreites — zur Eidesleistung durch Geldstrafe und Haft angehalten werden (§ 774 C. P. O.). Sie meinen ferner, daß das Verfahren zur Abnahme des privatrechtlichen Offenbarungseides unter Umständen ein *Vollstreckungsverfahren* sei, nämlich dann, wenn eine rechtskräftige Verurtheilung zur Eidesleistung vorläge. Auch das hätte bei Beachtung der vorhandenen Lite-

[1]) Zeitschr. S. 417, pr. P. S. 223, Krech u. Fischer, Zw. O. S. 825.
[2]) Archiv f. d. civ. Praxis 70, S. 347.

Digitized by Google

ratur vermieden werden können. Nur die auf Erzwingung der Eidesleistung nach § 774 C. P. O. gerichteten Handlungen sind Vollstreckungshandlungen; das Verfahren behufs Eidesabnahme ändert seinen Charakter nicht, es gehört nach wie vor zur freiwilligen Gerichtsbarkeit.[1]) Deshalb ist es auch verwirrend, wenn § 780 C. P. O., der von dem Vollstreckungsgericht spricht, hier entsprechende Anwendung finden soll.

In eigenthümlicher, der römischen actio ad exhibendum nachgebildeter, Weise behandeln die §§ 774, 775 B. G. das Recht auf Besichtigung von Sachen und Einsichtnahme von Urkunden in solchen Fällen, in denen im Uebrigen eine besondere privatrechtliche Forderung auf Gestattung der Besichtigung oder Einsichtnahme nicht besteht, aber ein Interesse an der Besichtigung vorhanden ist. Voraussetzung des Rechtes ist bei der Besichtigung von Sachen überhaupt, daß der Besichtiger sich Gewißheit darüber verschaffen will, ob ihm in Ansehung der Sache ein Recht zustehe. Bei den Urkunden kommt ein weiterer Grund hinzu: „sofern die Voraussetzungen vorhanden sind, unter welchen in einem Rechtsstreite ein Dritter nach den Bestimmungen der Civilprozeßordnung zu der durch Beweisbeschluß für erheblich erklärten Vorlegung einer Urkunde verpflichtet ist". Auf die Frage nach diesen Voraussetzungen antwortet zunächst § 394 C. P. O.: „Der Dritte ist aus denselben Gründen wie der Gegner des Beweisführers zur Vorlegung einer Urkunde verpflichtet", also eine weitere Verweisung, bei der man fragt, warum nicht § 775 B. G. direkt auf den Gegner verweist. Die sachliche Antwort geben uns dann die §§ 387, 388 C. P. O.

Demgegenüber würde man eine selbständige Fassung des § 775 ohne Bezugnahme auf die C. P. O. fordern müssen, falls die Bestimmung in dem B. G. verbleiben soll.

Es würde sich aber für beide Paragraphen ein anderer Weg wohl mehr empfehlen. Die einzige sachliche Voraussetzung des § 774 ist die, daß der die Besichtigung Begehrende sich darüber zu unterrichten wünscht, ob er einen „Anspruch" habe. Die Motive[2]) bemerken dazu, Anspruch und Interesse müßten erforderlichenfalls bewiesen werden, Glaubhaftmachung genüge nicht. Ist das richtig, dann ist das Recht zur Besichtigung, um sich darüber zu unterrichten, ob man einen Anspruch habe, illusorisch. Denn was soll eine solche Besichtigung nach dem Beweis des Anspruches und was hilft sie zur Durchsetzung des Anspruches, wenn dieser vorher bewiesen sein muß? Stellt man sich aber auf einen

[1]) Archiv f. d. civ. Praxis 70, S. 349.
[2]) II S. 891.

Digitized by Google

entgegengesetzten Standpunkt, so steht das Besichtigungsrecht völlig schrankenlos da.

Diese Erwägungen führen zu folgendem Vorschlage: In der C. P. O. fehlt es an einer Bestimmung über die Voraussetzungen, unter welchen der Prozeßgegner oder ein Dritter die Augenscheinseinnahme dulden muß. Eine solche Vorschrift wäre zu § 336 zu geben und dann § 774 B. G. dadurch überflüssig zu machen, daß in dem Abschnitte über Sicherung des Beweises die Bemerkung aufgenommen würde, daß dieses Verfahren auch dann zulässig ist, wenn der Gesuchsteller sich erst über sein angebliches Recht zu unterrichten wünscht.

§ 775 B. G. wäre dann durch einen Zusatz zu § 394 C. P. O. zu ersetzen, nach welchem die dort bezeichnete Klage auch vor Anhängigmachung des Rechtsstreites, in dem die Urkunde benutzt werden soll, angestellt werden kann.

Eine Reihe anderer Bestimmungen aus dem zweiten Buche gehört zwar an sich in das B. G. Die Beziehungen zum Prozeßrecht bieten aber die Veranlassung zur Erörterung von Bedenken hinsichtlich der Fassung.

So ist die Bestimmung über die Konkurrenz einer Fahrlässigkeit des Beschädigten in § 222 nicht nur für den Prozeß, sondern auch für das schiedsgerichtliche Verfahren, für Vergleichsverhandlungen, überhaupt auch zur privatrechtlichen Anwendung bestimmt. Daher muß die Beziehung auf das Gericht, welche den Eindruck erweckt, als ob ein derartiger Fall ohne Prozeß gar nicht erledigt werden könnte, vermieden und etwa gesagt werden: „Inwieweit eine Fahrlässigkeit des Beschädigten, welche bei der Entstehung des von einem Anderen verschuldeten Schadens mitgewirkt hat, die Schadensersatzpflicht ganz oder theilweise ausschließt, hängt von den Umständen des Falles, insbesondere davon ab, wessen Fahrlässigkeit überwogen hat."

Auch § 724 B. G., welcher den im Falle einer schuldhaften Tödtung zu leistenden Schadensersatz normirt, hat unter einer lediglich auf die Entscheidung durch das Gericht zugeschnittenen Fassung zu leiden.[1]) Zum Theil gehört derselbe aber ganz offenbar in die C. P. O.[2])

Für die Bestimmungen der §§ 288, 296 B. G., welchen die dem Zugriffe im Wege der Zwangsvollstreckung entzogenen Forderungen, auch der Kompensation und Zession entziehen, ist zuzugeben, daß hier ausnahmsweise das Zwangsvollstreckungsrecht den Ausgangspunkt für die

[1]) Ein ähnliches Bedenken besteht gegen § 728 B. G. Schwerer wiegen aber hier die inhaltlichen Bedenken, welche nicht in meine Aufgabe fallen.

[2]) Vergl. auch § 1493 B. G.

Digitized by Google

weitere privatrechtliche Entwickelung gebildet hat, und daher gegen die Bezugnahme auf die Prozeßordnung nichts zu sagen. Gleichwohl wäre die weniger spezielle Fassung „nach Maßgabe der Prozeßgesetze" zu empfehlen.[1])

Die §§ 375, 376 B. G., welche die nähere Bestimmung der Eviktion enthalten, beginnen zunächst mit der sehr wohl vermeidbaren fiktiven Fassung: „ist als mit Erfolg geltend gemacht anzusehen". Im Uebrigen könnte, namentlich wenn man schon mit dem Anerkenntniß des Erwerbers die Eviktion als gegeben nimmt, die Beziehung auf den Prozeß weniger speziell sein.

Die Bestimmungen über den Vergleich (§§ 666, 667) gehören in das B. G., freilich besser in den allgemeinen Theil. Sie haben aber auch für den Prozeß großes Interesse, da sie, soweit das Prozeßrecht nicht entgegensteht, auch bei dem gerichtlichen Vergleich Anwendung finden müssen.

Zunächst die Begriffsbestimmung: „Als Vergleich gilt (soll heißen „Vergleich ist") der gegenseitige Vertrag, durch welchen ein unter den Vertragschließenden streitiges oder ungewisses Rechtsverhältniß außer Streit oder Ungewißheit gesetzt wird". So oder ähnlich ist auch bei Windscheid und in den meisten anderen Pandektenlehrbüchern zu lesen. Aber praktisch werden tagtäglich vor Gericht zur Erledigung von Prozessen oder im Sühneverfahren und vor dem Schiedsmann Verträge geschlossen, nach denen der Schuldner anerkennt, aber Ratenzahlung und dergl. bewilligt erhält, obwohl von einer Ungewißheit oder Bestrittenheit der geltend gemachten Forderung nicht die Rede sein kann. Bisher sind solche Verträge, wie alle Verträge, welche einen Prozeß erledigen, mit vollem Rechte zu den Vergleichen gerechnet.

Soll das in Zukunft anders werden, dann würde man solchen Verträgen ihre prozeßerledigende Kraft und ihre Vollstreckbarkeit ohne jeden Grund entziehen. Es bedarf daher einer weiter gefaßten Definition des Vergleiches, wenn man ihn überhaupt definiren will.

---

[1]) Bei der Aufrechnung ist auch im Uebrigen die richtige Grenze zwischen Prozeß und Privatrecht innegehalten, insofern die §§ 281 bis 289 B. G. das Privatrechtliche enthalten, während die §§ 136 Abs. 3, 274 C. P. O. der neuen Fassung das Prozessualische in einer gegenüber den gegenwärtigen Bestimmungen verbesserten Weise bringen. Inkorrekt erscheint mir die neue Fassung des § 136 Abs. 2 C. P. O., welche lautet: „Dasselbe gilt, wenn der Beklagte eine Widerklage erhoben [früher: „Gegenforderung vorgebracht"] hat, welche mit der in der Klage geltend gemachten Forderung nicht in rechtlichem Zusammenhange steht". Nicht die Widerklage, sondern die mit der Widerklage geltend gemachte Forderung steht mit der in der Klage geltend gemachten Forderung in rechtlichem Zusammenhange.

Digitized by Google

Eine fernere Frage ist die, wie sich die Anfechtung gerichtlicher Vergleiche wegen Irrthums auf Grund des § 667 Abs 2 prozessualisch gestalten soll, und ob man insbesondere an den in § 686 C. P. O. für Urtheile gewiesenen Weg gebunden ist. Die §§ 704 und 705 C. P. O. lassen erkennen, daß § 686 zunächst auf vollstreckbare Titel jeder Art Anwendung finden soll. § 705 Abs. 4, welcher den § 686 Abs. 2 für gerichtliche Urkunden außer Kraft setzt, findet nach richtiger Ansicht auf gerichtliche Vergleiche keine Anwendung.[1]) Also bleibt § 686 Abs. 2 C. P. O. auch für Vergleiche in Kraft. Dann wären aber nur Einwendungen, welche erst nach Abschluß des Vergleiches entstanden sind, zulässig, also Geltendmachung von Irrthum und anderen Mängeln des Vergleiches selbst ausgeschlossen. Es ergibt sich also hier eine Lücke oder richtiger eine Verkehrtheit der C. P. O., welche durch eine prozessualische Bestimmung über Einwendungen gegen gerichtliche Vergleiche beseitigt werden muß.

4. Sachenrecht.

§ 5.

Die §§ 822 bis 824 B. G. sprechen von Besitzklage nnd Besitzprozeß. Man sollte danach annehmen, daß der Entwurf gegenüber der C. P. O., welche den Besitzprozeß als besondere Prozeßart nicht kennt, sondern voraussetzt, daß die Begehren, welche sich auf das Rechtsverhältniß des Besitzes gründen, in den Formen des ordentlichen Rechtsstreites erledigt werden, zum früheren gemeinen Civilprozeßrecht zurückkehren wolle, welches den Besitzprozeß als eine der sog. unbestimmt summarischen Prozeßarten behandelte. Freilich würde man dann fragen müssen: Warum wird die Einführung einer neuen Prozeßart nicht mittelst Aenderung der C. P. O. vorgenommen? Bei näherer Betrachtung ergibt sich aber, daß es sich größtentheils um privatrechtliche Sätze handelt, welche eine inkorrekte prozessualische Fassung erhalten haben, und daß auch das in jenen Paragraphen steckende Prozessualische keineswegs ausreicht, um die Annahme eines Besitzprozesses als einer besonderen Prozeßart zu rechtfertigen.

§ 822 B. G. ist seinem Inhalte nach ganz privatrechtlich. Er will als Ergänzung zu § 814 bestimmen, daß der Forderung auf Wiedereinräumung der Inhabung ein Recht des fehlerhaften Inhabers auf die Inhabung, der Forderung auf Wiederaufhebung einer Störung ein Recht des Störers zur Vornahme der störenden Handlung nicht entgegensteht.

[1]) Seuffert, Kommentar zur C. P. O. Anm. 1 zu § 705, Krech u. Fischer, Zw. O. S. 142.

Digitized by Google

Das läßt sich so, wie es hier geschehen ist, oder ähnlich als § 814 Abs. 2 geben, ohne daß vom Prozesse die Rede zu sein braucht.

§ 824 B. G. will die aus der verbotenen Eigenmacht hervorgehenden Forderungen zeitlich beschränken. Er thut dies aber in einer ganz abnormen und gekünstelten Weise: „Im Besitzprozesse können als verbotene Eigenmacht Handlungen nicht mehr geltend gemacht werden, seit deren Vornahme zur Zeit der Geltendmachung eine längere Frist als ein Jahr verstrichen ist." Das ist eine Art Prozeßverjährung, wie sie sonst gar nicht vorkommt. Die Norm könnte aber in einfachster Weise dadurch rein privatrechtlich gestaltet werden, daß die Forderung aus der Eigenmacht befristet oder einer kurzen Verjährung unterworfen wird.

Auch § 823 Abs. 2, welcher in seiner jetzigen Fassung die Prozeßvorschrift gibt, daß, wenn in petitorio der Besitzbeklagte gesiegt hat, in possessorio die Hauptsache vorbehaltlich der Entscheidung über den Kostenpunkt als erledigt anzusehen sei,[1]) wird durch die beiden Privatrechtssätze, daß der Besitzer demjenigen weichen muß, dessen besseres Recht auf Inhabung festgestellt ist, daß aber der Besserberechtigte gegen den Inhaber keine Eigenmacht gebrauchen darf, ohne weiteres ersetzt werden können.

Es bleibt als Prozeßvorschrift nur übrig § 823 Abs. 1: „Durch die Erhebung der Besitzklage wird die Erhebung der Klage aus dem Rechte, durch die Erhebung der Klage aus dem Rechte die Erhebung der Besitzklage nicht gehindert." Der Inhalt dieser Regel ergibt sich eigentlich von selbst. Hält man gleichwohl eine ausdrückliche Bestimmung für nöthig, so ist dieselbe in die C. P. O. zu § 235 Abs. 2 Z. 1 zu setzen.[2])

§ 872 Abs. 3 B. G. bietet die Veranlassung, auf ein bisher wenig beachtetes Verhältniß hinzuweisen. Bei einer Leistungsklage ist in der Regel nur derjenige passiv legitimirt, welcher zu der betreffenden Leistung verpflichtet ist. Das kann sich ändern, wenn nicht persönliche Leistungen, sondern Realobligationen, reine dingliche Rechte oder eine bloße Feststellung in Frage stehen. Bei den dinglichen Rechten handelt es sich für die Passivlegitimation nicht um einen persönlich haftbaren Schuldner, sondern um einen Repräsentanten der haftenden Sache.[3]) Es ist das meistens der Eigenthümer. Nothwendig ist das jedoch nicht, wie die durch Art. 764 H. G. B. festgesetzte Passivlegitimation des Schiffers

---

[1]) Auf diese Wendung werde ich noch zurückkommen. S. u. § 6 S. 53.

[2]) Aehnlich wie das, m. E. nicht zu billigende, Verbot der Verbindung von petitorium und possessorium zu § 232 C. P. O. gestellt ist.

[3]) pr. P. S. 707.

Digitized by Google

zeigt. Der Schiffer, welcher wegen Schiffsschulden im Wege der Klage oder der Zwangsvollstreckung in Anspruch genommen wird, ist Partei, nicht gesetzlicher Vertreter.[1]) Im § 872 Abs. 3 B. G. handelt es sich um den Fall, daß das bisherige Eigenthum eines Grundstückes durch Dereliktion verloren gegangen, ein neues Eigenthum durch Eintragung des Zueignungsberechtigten aber noch nicht erworben ist. Hier fehlt es an einem Repräsentanten des Grundstückes und damit für die dinglich Berechtigten, insbesondere die Hypothekengläubiger, an dem zum Betriebe der Zwangsvollstreckung und des derselben vorhergehenden Prozesses unerläßlichen Gegner. § 872 Abs. 3 will nun in der Weise helfen, daß das Gericht, vor welchem das Verfahren stattfinden soll, auf Kosten des Realprätendenten „einen Vertreter bestellt, welchem bis zur Eintragung eines neuen Eigenthümers die Wahrnehmung der aus dem Eigenthum sich ergebenden Rechte und Verpflichtungen obliegt". Das Vorbild der Bestimmung ist, wie auch die Motive hervorheben (III S. 327) der § 55 C. P. O. gewesen. Es fragt sich nun zunächst: „Ist der so Bestellte wirklich ein Vertreter?" Bisher war es anerkannt, daß von Vertretung nur da die Rede sein könne, wo Jemand über Rechte und Pflichten eines Subjektes lediglich in dem Interesse des Rechtssubjektes selbst zu verfügen hat. Wer ist hier, bei einem herrenlosen Grundstück, das Subjekt der Rechte und Pflichten? Offenbar Niemand. Soll nun dieser Niemand vertreten werden, oder wie die Motive auch andeuten, das Grundstück, welches also durch die Dereliktion, ähnlich wie der römische Sklave durch die Freilassung, mit der Herrenlosigkeit auch Persönlichkeit erhielte? Wie will man prozessualisch rubriziren? Klage des Hypothekengläubigers A. gegen die Wiese B., vertreten durch den H.?[2]) Denn dem Erfordernisse der Bezeichnung nicht blos des Vertreters, sondern auch der Partei selbst, wird man nach § 230 Abs. 2 Z. 1 C. P. O. genügen müssen, wenn man nicht die absolutio ab instantia wegen mangelhafter Klageerhebung erleiden will. Die Motive setzen sich über die Schwierigkeit mit der beliebten Wendung hinweg, daß die Frage augenscheinlich nur eine theoretische sei. Daß sie das nicht ist, zeigen schon vorstehende Bemerkungen. Aber wenn auch, ist es denn wirklich ganz gleichgültig, daß durch die ungeschickte Fassung einer Bestimmung der praktisch so nothwendige Begriff der Vertretung

---

[1]) Zeitschr. S. 436.

[2]) Gegen Bekker's Zulassung des Jagdhundes Tiras und der Stute Bellona als Rechtssubjekte (Jahrb. f. Dogmatik 12 S. 27 ff.), welche Bekker selbst längst aufgegeben hat (Pandekten I S. 58), dürfte dann gewiß nichts mehr erinnert werden.

Digitized by Google

zu einem wesenlosen, unfaßbaren gemacht wird? Man hat denselben Fehler gemacht, welcher bei der Konstruktion des Konkursverwalters stets gemacht wird. Man fragt immer nur: Wen vertritt er? Die Vorfrage, ob er überhaupt als Vertreter und nicht vielmehr als Verfüger über fremde Rechte außerhalb des Falles der Vertretung anzusehen ist, wird der Erörterung nicht für werth erachtet.[1]) Ein solcher Repräsentant ist kein Vertreter, weil es an einem Vertretenen fehlt. Er ist zur selbständigen Verfügung hinsichtlich gewisser Rechte und Pflichten kraft eigenen Rechtes, freilich nicht im eigenen Interesse, aber auch nicht lediglich im Interesse des Rechtssubjektes, sondern zur Durchführung einer bestimmten anderen rechtlichen Aufgabe befugt. Er ist daher prozessualisch Partei und nicht gesetzlicher Vertreter.

Gleichwohl würde ich die Bestimmung auch nach sachgemäßer Aenderung der Bezeichnung „Vertreter" am liebsten in der C. P. O. sehen. Dabei entsteht nun aber die weitere Frage, ob die Bestimmung nicht zu verallgemeinern und auf die Fälle auszudehnen wäre, in denen der eingetragene Eigenthümer des Grundstückes todt, verschollen u. s. w. ist. Es ist im hohen Grade unbillig, daß der Hypothekengläubiger in solchen Fällen gezwungen ist, durch kostspielige, zeitraubende, schwierige Prozeduren die Erben zu ermitteln, die Todeserklärung herbeizuführen u. s. w. Auch hier würde die Repräsentation zu dauern haben, bis ein neuer Eigenthümer eingetragen ist, oder, was nur ganz ausnahmsweise vorkommen wird, der eingetragene Eigenthümer wieder auf- und eintritt.

Die in § 944 B. G. verordnete entsprechende Anwendung des § 73 C. P. O. (laudatio autoris) auf den Fall einer Beeinträchtigung des Eigenthums im Namen eines Dritten gehört offensichtlich in die C. P. O. zu demselben § 73.

Von gerichtlichen Aufgeboten kommen im Sachenrechte vor das Aufgebot eines Grundstückes (§ 873), einer Hypothek (§§ 1103 bis 1105) und eines Hypothekenbriefes (§§ 1123, 1124). Bei einer einheitlichen Regelung des Aufgebotsverfahrens würde der Inhalt dieser Bestimmungen fast durchweg in die C. P. O. zu verweisen sein.

Auch die Vorschriften über die polizeiliche Behandlung gefundener Sachen (§§ 910 ff.) passen nicht recht in den Privatrechtskodex. In die Gerichtsordnung gehören sie freilich ebensowenig. Am richtigsten wäre es wohl, dieselben vorläufig im E. G. oder in einem besonderen Gesetze unterzubringen.

Bekanntlich ist in der C. P. O. für die Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung in Mobilien der Grundsatz aufgestellt, daß

[1]) Zeitschr. S. 436, pr. P. S. 109, 776.

Digitized by Google

der Schuldner schon durch die Empfangnahme des (gepfändeten oder erlösten) Geldes seitens des Gerichtsvollziehers befreit wird, daß mit diesem Zeitpunkte die Gefahr auf den Gläubiger übergeht. (§§ 716 Abs. 2, 720 C. P. O.)[1] Dieser Grundsatz bedarf, wenn man ihn überhaupt für zweckmäßig und billig hält, der Verallgemeinerung. Es ist in analoger Weise zu bestimmen, daß bei der Zwangsvollstreckung zur Herausgabe von Sachen das Eigenthum mit der Wegnahme durch den Gerichtsvollzieher übergeht, daß ein über eine im Wege der Zwangsvollstreckung überwiesene Forderung lautender Hypothekenbrief ebenfalls mit der Wegnahme Eigenthum des Exekutionssuchers wird. Daher ist gegen den Inhalt der §§ 875, 1112 Abs. 2 B. G. nichts einzuwenden. Aber diese Bestimmungen gehören ebenso wie die der §§ 716 Abs. 2, 720 C. P. O. in die C. P. O.[2]

Die §§ 1088, 1113 (mit z. Th. 1114, 1115), 1188 B. G., welche das Verfahren bei der Zwangsvollstreckung im Immobiliar- und Mobiliarpfandrechte regeln, sind ebenfalls in die C. P. O. zu überweisen.

§ 871 Abs. 2 B. G. schließt die Zwangsvollstreckung wegen persönlicher Forderungen in solche Grundstücke aus, bei denen ein Rückfallsrecht eingetragen ist. Die Bestimmung ist inhaltlich bedenklich. Sie bietet eine bequeme Handhabe, Grundstücke dem Zugriff des Gläubigers zu entziehen. Jedenfalls aber gehört sie in die Subhastationsordnung und nicht in das B. G.

Das B. G. hat aus dem französisch-preußischen Rechte das Institut der Judikatshypothek übernommen (§§ 1130 ff.). Bekanntlich hat das bestehende preußische Recht im Gegensatze zum französischen Rechte diese Materie in dem Gesetze über die Zwangsvollstreckung in Immobilien abgehandelt und dort ausdrücklich gesagt, daß durch die Eintragung in das Grundbuch eine Zwangsvollstreckung in das Grundstück erfolge. Die nähere Gestaltung des Institutes entsprach aber diesem Gedanken nicht, und so mußte die Ansicht aufgestellt und begründet werden,[3] daß die Eintragung auch in diesem Falle zur freiwilligen Gerichtsbarkeit gehöre nnd daher nicht zu der, eine Unterabtheilung der streitigen Gerichtsbarkeit bildenden, Zwangsvollstreckung gerechnet werden könne, daß die Eintragung auch nicht zur Ergänzung einer Zwangsvollstreckung

---

[1] Zu beklagen ist auch hier die überflüssige fiktive Fassung.

[2] Gegen den Ausspruch der Motive (III S. 340), daß § 875 die Streitfrage entscheide, ob der Gerichtsvollzieher als Vertreter seines Auftraggebers anzusehen sei, ist nachdrücklichst Verwahrung einzulegen.

[3] Vergl. Krech u. Fischer Zw. O. S. 220 ff., 809 f., Zeitschr. S. 414, 418, pr. P. S. 252, 765.

Digitized by Google

diene, sondern ein selbständiges Recht für den Gläubiger begründe. Es wurde daran die Bemerkung geknüpft, daß es systematisch richtiger gewesen wäre, diese Art der Eintragung in der Grundbuchgesetzgebung zu behandeln. Diese Ausführung hat zwar auf der einen Seite die Zustimmung des Kammergerichtes gefunden.[1]) Von der anderen Seite ist aber gegen dieselbe lebhafter Widerspruch erhoben, und in Konsequenz davon der Instanzenzug der streitigen Gerichtsbarkeit, nicht der davon abweichende der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in Anspruch genommen. Die Frage war von dem B. G., wenn man überhaupt das Institut beibehalten wollte, in der einen oder der anderen Weise zu entscheiden, und das ist dadurch geschehen, daß man das Institut im Privatrecht bei der gewöhnlichen Sicherungshypothek untergebracht hat. Die Eintragung der Judikatshypothek ist auch in der neuen Ordnung ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit, und danach haben sich, sofern nicht etwa der Entwurf der Grundbuchordnung positiv ein Anderes bestimmen sollte, die Formen der Anträge und des sonstigen Verfahrens, Instanzenzug, Gebühren u. s. w. zu richten.

Dieses klare Ergebniß wird nun aber durch die in den §§ 1130, 1132 gebrauchten Worte „im Wege der Zwangsvollstreckung" bez. „im Wege der Vollziehung des Arrestes" wieder in Frage gestellt. Man will damit anscheinend nur sagen, daß die sachlichen Voraussetzungen einer Zwangsvollstreckung bez. einer Arrestvollziehung vorliegen müssen. Dann hätte man aber viel deutlicher sagen können: „wenn die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung bez. Arrestvollziehung vorhanden sind". Soll der Zusatz mehr sagen und die Maßregel auch in der Ausführung dem Zwangsvollstreckungsrechte und nicht dem Grundbuchrechte unterstellt werden, so gehört sie in der That nicht in das B. G., sondern in die C. P. O. bez. das zu ihrer Ergänzung zu erlassende Gesetz über Zwangsvollstreckung in Immobilien.

Auch will mir der Gegensatz in den Bezeichnungen „Zwangshypothek und Arresthypothek" wenig gefallen. „Zwang" und „Arrest" bilden keine Gegensätze, sondern „definitive Verurtheilung" und bloße „Arrestirung". Ich würde daher den Namen „Urtheilshypothek" dem Namen „Zwangshypothek" vorziehen.

§ 1133, welcher denjenigen Umständen, welche die Aufhebung einer Zwangsvollstreckung oder eines Arrestes begründen, auch eine direkt zu realisirende aufhebende Wirkung gegenüber diesen Hypotheken zuschreibt, entspricht dem geltenden preußischen Recht (§ 11 Zw. O.), und ist auch mit

---

[1]) Auch Eccius vr. Privatrecht I S. 759 steht — trotz der polemisirenden Umkleidung — sachlich auf demselben Standpunkte.

Digitized by Google

der hier niedergelegten Auffassung dieses Institutes nicht gerade unverträglich. Ich würde aber dennoch für die Streichung des Paragraphen bez. für eine direkt auf diesen Fall berechnete privatrechtliche Fassung eintreten.[1])

Anders liegt die Sache mit dem § 846 B. G., welcher ganz allgemein verordnet, daß Eintragungen im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Vollziehung eines Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung durch direkte Anträge an das Grundbuchamt erfolgen, ebenso Löschungen, wenn der Fall der Aufhebung der Zwangsmaßregel vorliegt. Es handelt sich in den hier gemeinten Fällen[2]) — von dem Falle der Urtheilshypothek, den die Motive, wie ausgeführt wurde, mit Unrecht hierher zählen, abgesehen — um eine Ergänzung der Vollstreckungsmaßregeln durch Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit, welche im Wege des direkten Betriebes der Parteien herbeizuführen sind. Die Bestimmung gehört daher des Zusammenhanges wegen in die C. P. O. Es wird aber auch hier dafür zu sorgen sein, daß nicht etwa das Grundbuchamt mit dem Vollstreckungsgericht konfundirt wird. Zu diesem Zwecke ist namentlich der Ausdruck „im Wege der Zwangsvollstreckung" zu vermeiden.[3])

§ 15 Z. 4 E. G. C. P. O. enthält bekanntlich einen nothgedrungenen Vorbehalt zu Gunsten der in der C. P. O. nicht kodifizirten Fälle einstweiliger Verfügungen, weil die Materie wegen des Zusammenhanges vieler solcher Fälle mit den partikularen privatrechtlichen Vorschriften sich nicht vollständig kodifiziren ließ. Es ist nun an der Zeit, mit diesem Vorbehalte aufzuräumen, wenigstens insoweit, daß die sämmtlichen reichsrechtlichen Fälle einstweiliger Verfügungen in die C. P. O. gebracht werden. Dahin gehören insbesondere die Anordnung der Eintragung von Vormerkungen im Wege der einstweiligen Verfügung (§§ 845, 1085 B. G.), sowie die in § 1072 B. G. vorgesehenen gerichtlichen Anordnungen gegen Grundstücksdevastationen.

Besondere Schwierigkeiten bereitet die Stellung der Vorschriften über die Verwirklichung von Pfandrechten. Während das römische Recht überall den Privatpfandverkauf gestattete, steht das moderne Recht im Allgemeinen auf dem Standpunkte, daß ein solcher als ein Akt der

[1]) Die Gründe ergeben sich aus Krech u. Fischer, Zw. O. S. 250 ff.

[2]) Dieselben sind Mot. III S. 246 im Einzelnen aufgeführt.

[3]) Dies gilt auch von § 833 Abs. 3. § 833 Abs. 2 gehört in die C. P. O., Abs. 1 ebenfalls, und zwar zu § 779 C. P. O., wenn man überhaupt noch eine nähere Erörterung dieses Paragraphen nach dieser Richtung für nöthig hält. Aus § 834 ist dann ebenfalls das Erforderliche herüberzunehmen. Damit wird § 658 C. P. O. in der Fassung des Art. 11 E. G. überflüssig.

Digitized by Google

Selbsthülfe ausgeschlossen ist, und daß auch die Befriedigung aus dem Pfande nur im Wege der Zwangsvollstreckung nach vorgängiger Beschaffung eines vollstreckbaren Titels erfolgen darf.[1]) Ausnahmen müssen besonders bestimmt sein. Was nun die systematische Stellung der einschlägigen Normen betrifft, so gehört der Satz, daß der Pfandgläubiger Befriedigung aus dem Pfande verlangen kann, offenbar in das Privatrecht. Was dagegen die Art dieser Befriedigung angeht, so muß unterschieden werden, ob es sich um Selbsthülfe oder um Gerichtshülfe handelt. Die Sätze über die Zulässigkeit der Selbsthülfe gehören in den Privatrechtskodex, die Sätze über die Mittel der gerichtlichen Verwirklichung in das Prozeßgesetz.

Von diesem Standpunkte aus haben die §§ 1170 bis 1176, welche den Privatverkauf bei Faustpfändern gestatten, dem B. G. zu verbleiben.[2]) Nur könnte man fragen, ob nicht mit Rücksicht darauf, daß auch bei dem Privatverkaufe ein öffentlicher Versteigerungsbeamter zugezogen werden muß, die Vorschriften über das Verfahren desselben, welche offenbar für alle öffentlichen Verkäufe Bedeutung haben, einer besonderen Ordnung überwiesen werden könnten.[3])

Daß daneben auch die Pfandverwirklichung im Wege der Zwangsvollstreckung auf Grund eines vollstreckbaren Titels erfolgen kann, versteht sich zwar eigentlich von selbst. Soll es aber des Gegensatzes wegen zum Ausdruck gebracht werden, so wäre an Stelle des § 1169 zu sagen: „Der Pfandgläubiger ist berechtigt, seine Befriedigung aus dem Pfande entweder im Wege der gerichtlichen Zwangsvollstreckung oder im Wege des Pfandverkaufes nach Maßgabe der folgenden Vorschriften zu suchen."[4])

---

[1]) Krech u. Fischer Zw. O. S. 3 ff., 21 ff.

[2]) Durch § 717 Abs. 4 C. P. O. der neuen Fassung wird bestimmt: „Bei der Versteigerung (im Wege der Zwangsvollstreckung) finden die Vorschriften des § 1173 Abs. 1, Satz 1, Abs. 2, 3 des Bürgerlichen Gesetzbuches entsprechende Anwendung". Statt dieser unschönen und unbequemen Verweisung wäre eine selbständige Bestimmung am Platze gewesen. Die in § 718 C. P. O. der neuen Fassung beliebte Bezugnahme auf § 90 B. G. erscheint überflüssig und insofern schädlich, als sie der unrichtigen Auffassung, daß bei der Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung ein gewöhnlicher privatrechtlicher Kaufvertrag geschlossen werde, Vorschub leistet.

[3]) Das Gleiche gilt von § 1157 (Verkauf wegen Gefahr des Verderbs oder der Werthminderung), soweit er das Verfahren betrifft.

[4]) § 1169 Abs. 2 der jetzigen Fassung bringt Ueberflüssiges und Schiefes. Der vollstreckbare Titel hat nicht so sehr die Verpflichtung des Eigenthümers, den Verkauf zu gestatten, als die Befugniß des Gläubigers, aus dem

Digitized by Google

In allen übrigen Fällen der Pfandverwirklichung ist der Weg der Zwangsvollstreckung vorgeschrieben. Für die Pfandrechte an „Rechten" bringt dies § 1215 B. G. zum Ausdruck. Ob nicht statt der Worte „auf Grund dieses vollstreckbaren Titels nach Maßgabe der für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften" die einfache und korrektere Fassung „im Wege der Zwangsvollstreckung" vorzuziehen ist, dürfte zu erwägen sein.[1])

Hinsichtlich der Hypothek gibt § 1062 die Bestimmung über den Inhalt. Der Privatverkauf ist durch § 1077 ausgeschlossen. Dagegen gehören die §§ 1075, 1076, 1081, 1082, 1098, 1099, soweit sie die Verwirklichung der Hypothek zum Gegenstande haben, in das Zwangsvollstreckungsrecht. Nicht minder ist aus der Bestimmung über den Inhalt der Grundschuld (§ 1135 B. G.) der Hinweis auf die prozessualische Verwirklichung zu entfernen.

In allen diesen Fällen wird die Umgestaltung zugleich eine größere sachliche Klarheit im Gefolge haben.

Die §§ 951 Abs. 3 (Abmarkung von Grundstücken), 992 (Feststellung des Zustandes einer mit einem Nießbrauche belasteten Sache), 1042 (Aufnahme eines Inventars über ein dem Nießbrauche unterworfenes Vermögen) würden eventuell dem f. G. zu überweisen sein.

5. Familienrecht.

§ 6.

Eine besonders einschneidende Einwirkung wird die Neuregelung des persönlichen Familienrechts auf die Civilprozeßgesetzgebung äußern. Hier ist auch die Kommission ihrem sonstigen Grundsatze, an der C. P. O. möglichst wenig zu ändern, nothgedrungen ungetreu geworden, da die Vorschriften der C. P. O. für dieses Gebiet sich in der That als unzureichend und lückenhaft erwiesen haben.

Ungefähr zwei Fünftel aller in dem Art. 11 E. G. B. G. vorgeschlagenen Aenderungen betreffen diese Materie. Das sechste Buch der C. P. O. erhält statt der jetzigen Ueberschrift: „Ehesachen und Entmündigungssachen" die Ueberschrift: „Ehesachen, Entmündigungssachen,

---

Pfande wegen der fraglichen Summe befriedigt zu werden, zum Ausdrucke zu bringen (Krech u. Fischer Zw. O. S. 135). Unrichtig ist die Fassung: „so kann er den Verkauf nach Maßgabe derjenigen Vorschriften bewirken lassen, welche für den Verkauf der im Wege der Zwangsvollstreckung gepfändeten beweglichen Sachen gelten". Als ob die Befriedigung aus dem Pfande im Wege der Zwangsvollstreckung keine eigentliche Zwangsvollstreckung wäre!

[1]) Dasselbe gilt bezüglich des § 1204.

Digitized by Google

Feststellung familienrechtlicher Streitigkeiten", und einen ganz neuen Abschnitt: „Verfahren in Rechtsstreitigkeiten, welche die Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern zum Gegenstande haben." [1])

Wenn die bei den bisherigen Ausführungen befolgten Grundsätze auch auf diesem Gebiete zur Anwendung gebracht werden sollen, so ergibt sich die Nothwendigkeit einer noch weiteren Vermehrung der Aenderungen der C. P. O. Man sollte vor derselben um so weniger zurückschrecken, als ja schon die vorgeschlagenen Aenderungen einer völligen Umarbeitung des sechsten Buches der C. P. O. nahezu gleich stehen.

Uebrigens treten auf diesem Gebiete besondere Schwierigkeiten für die Grenzbestimmung hervor. Es handelt sich hier zum Theil um prozessualische Vorgänge mit konstitutiver Wirkung, und da wird es freilich schwierig sein, alle diese Wirkungen von dem Privatrechte abzusondern und der C. P. O. zu überweisen. Deshalb mag also auf die genaue Festhaltung der in den nachfolgenden Einzelbestimmungen angegebenen Grenzlinie ein allzugroßes Gewicht nicht gelegt werden. Immerhin wird sich Mancherlei in dem B. G. finden, dessen Herübernahme in die C. P. O jedenfalls geboten ist.

Wenn es, wie früher dargelegt ist, gerathen erscheint, die Antragsberechtigung bezüglich der Todeserklärung in der C. P. O. zu regeln, wenn ferner die zu dem Antrage auf Entmündigung Berechtigten in der C. P. O. genannt sind, so wird es sich auch empfehlen, die Berechtigung zur Ehenichtigkeitsklage dort abzuhandeln. § 1253 B. G. gehört also in die C. P. O. Das Gleiche gilt für die in § 1254 gegebene Vorschrift über Prozeßfähigkeit und gesetzliche Vertretung für den Ehenichtigkeitsprozeß, ebenso für die in den §§ 1267, 1276, 1451, 1476 (1478) verordnete Anwendung dieser Regel in den Prozessen, welche Anfechtung einer Ehe, Herstellung des ehelichen Lebens, Ehescheidung und Feststellung der Ehelichkeit eines Kindes zum Gegenstande haben.

§ 1256 bestimmt, daß die Rechtskraft des Urtheiles im Ehenichtigkeitsprozesse nicht auf die Parteien beschränkt ist. Analoge Bestimmungen enthalten die §§ 1269, 1477 und 1632 für die Anfechtung von Ehe und Ehelichkeit und gewisse familienrechtliche Feststellungsklagen. Wenn, wie es früher ausführlich gerechtfertigt ist, die Lehre von der Rechtskraft überhaupt in der C. P. O. abzuhandeln und namentlich § 191 in dieselbe zu verweisen ist, so gehören auch diese Bestimmungen

[1]) Etwas einfachere Titel wären zu wünschen, also etwa Buchüberschrift: „Verfahren in Familiensachen". Dritter Abschnitt: „Ehelichkeit und elterliche Gewalt".

Digitized by Google

dahin.[1]) Ebenso gehören die Regeln der §§ 1268, 1476 (1478) über die besonderen Wirkungen der Zurücknahme einer Anfechtung von Ehe und Ehelichkeit in die C. P. O.

§ 1238 Abs. 4 B. G. (Wirkung der Urtheils zur Ergänzung der elterlichen Einwilligung der Eheschließung) ist in eben demselben Sinne eine Vorschrift über die Rechtskraft, wie § 779 C. P. O.[2])

Die zeitweilige Trennung von Tisch und Bett in der Gestalt, wie sie das B. G. angenommen hat, erscheint wesentlich als eine der definitiven Scheidung vorhergehende prozessualische Maßregel bez. als ein Versuch, durch vorläufige prozessualische Maßnahmen die Scheidung hinauszuschieben und womöglich zu vermeiden.

Die §§ 1444 Abs. 2, 1445 bis 1448, 1459, 1460 B. G. haben in Folge dessen einen großentheils prozessualischen und daher der C. P. O. zu überweisenden Inhalt erhalten.

Die §§ 1449, 1450 B. G. gehören ebenfalls in die C. P. O., da sie die Formel des Scheidungsurtheils regeln.

Auch eine Bestimmung wie die der §§ 1471 Abs. 2, 1475 Abs. 1 (1478) B. G., welche für einen bestimmten Fall, nämlich für die Geltendmachung der Unehelichkeit, nur einen bestimmten prozessualischen Weg zuläßt, würde ich lieber in der C. P. O. sehen. Dasselbe gilt von dem Ausschluß der gesetzlichen Vertretung und der Aufrechterhaltung des Anwaltszwanges in dem Prozesse über Ehelichkeit (§ 1474 [1478] B. G.).

Endlich dürften auch die in Ehesachen zulässigen einstweiligen Verfügungen (§§ 1255, 1462, 1463 B. G.) der C. P. O. zu überweisen sein.

Die Zuständigkeit zur *Ehelichkeitserklärung* (§ 1584 B. G.) würde eventuell in das f. G. gehören.

Die §§ 1245 bis 1249 B. G., welche die *Form der Eheschließung* regeln, können freilich nicht in das f. G. übernommen werden, wenn man nicht den Standesbeamten wieder zu einem Organe der freiwilligen Gerichtsbarkeit machen will. Es besteht aber nicht der mindeste Grund dafür, diese Bestimmungen nicht in dem Reichsgesetze vom 6. Februar 1875 zu belassen. Nur das materielle Eherecht wäre aus diesem Gesetze zu entfernen. Es macht in der That einen wunderlichen Eindruck, wenn, wie Art. 28 E. G. B. G. vorschlägt, das Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 hinsichtlich der Eheschließung nur die Bestimmungen über das der Eheschließung vorangehende *Aufgebot* und im Uebrigen zur Ausfüllung

---

[1]) Dasselbe kann auch für § 1452 B. G. geltend gemacht werden. Auch § 1257 (1270) Abs. 3 B. G. ist eine Bestimmung über die Wirkung der Rechtskraft *gewöhnlicher* Urtheile, welche gegen Ehegatten ergangen sind.

[2]) s. o. § 3 S. 17 Anm. 1.

Digitized by Google

einige Verweisungsbestimmungen (§§ 28, 41, 52) enthält, während die in Folge des Aufgebotes vorzunehmende Eheschließung selbst im B. G. auch formell geregelt wird. Dieser Art der Grenzregulirung gegenüber wäre es sogar entschieden vorzuziehen, auch das Aufgebot in das B. G. zu übernehmen.

Im Uebrigen ergeben sich auf diesem Gebiete noch eine Reihe von Fassungsbedenken. So dürfte der Schlußsatz des § 1258 Abs. 1 B. G. überflüssig sein. Die prozessualische Wendung „erkannt werden" in § 1440 Abs. 3 B. G. ist leicht zu vermeiden. Auch § 1443 B. G. brauchte nicht so eingehend die prozessualischen Einzelheiten zu berücksichtigen. § 1447 könnte, wenn die Beziehung auf den Prozeß vermieden werden soll, so gefaßt werden: „Das Recht auf Scheidung erlischt, wenn es nicht binnen sechs Monaten geltend gemacht wird." Es wäre das auch deshalb vorzuziehen, weil nicht die Klage, sondern das Recht auf Scheidung befristet ist. Die vereinzelte Verwendung des terminus „rechtskräftig" auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§ 1617) ist nicht ohne Bedenken. Das „vorgesetzte" Landgericht in § 595 C. P. O. entspricht nicht dem Sprachgebrauche der Reichsjustizgesetze und dem gesetzlichen Verhältnisse von Landgericht und Amtsgericht. Auch die Einschränkung in § 603 C. P. O.: „sofern das Gericht, welches die Entmündigung ausgesprochen hat, für die Anordnung der Vormundschaft über den Entmündigten nicht zuständig ist", dürfte im Interesse der Auseinanderhaltung der Funktionen der streitigen und der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu streichen sein. Auch wenn derselbe Richter als Prozeßrichter und als Vormundschaftsrichter fungirt, ist eine äußerlich erkennbare Mittheilung vom Prozeßgericht an die Vormundschaftsbehörde erforderlich.

In den §§ 584a und 627a C. P. O. wird bestimmt, daß bei dem Tode einer Partei im Ehe- oder Entmündigungsprozeß der Rechtsstreit „in Ansehung der Hauptsache als erledigt" anzusehen ist. Dieselbe Wendung fand sich, wie früher bemerkt wurde,[1]) mit dem Zusatze „vorbehaltlich der über den Kostenpunkt zu treffenden Entscheidung" in § 823 B. G. für den Fall, daß das Petitorium früher als das Possessorium mit dem Siege des im Besitzprozesse Beklagten endigt.

Dieser Ausdruck ist gegenüber dem bisherigen Sprachgebrauche der C. P. O. neu.[2]) Der Fall der sachlichen Erledigung des Rechtsstreits kann auch in vielen anderen Fällen vorkommen. Der gewöhnlichste ist der, daß der beklagte Schuldner den Kläger im Laufe des Rechtsstreits

[1]) s. oben § 5 S. 43.

[2]) Ueber andere Bedenken bezüglich des Gebrauches des Wortes „Hauptsache" vergl. Goldschmidt S. 22.

Digitized by Google

befriedigt und Kläger in der nächsten mündlichen Verhandlung anzeigt, daß er befriedigt sei, und es sich nur noch um die Kosten handle. Wie ist da zu erkennen? Eine besondere Bestimmung für diesen Fall hat weder das B. G. noch die C. P. O. Sie wäre aber jedenfalls ebenso bedeutsam, als jene Spezialbestimmungen. Die Römer sprachen, nachdem der Grundsatz omnia iudicia absolutoria esse durchgedrungen war, in solchen Fällen eine absolutio aus. Auch wir kennen im Allgemeinen im Prozeß nur zwei *sachliche* Entscheidungen, condemnatio oder absolutio ab actione, und es steht daher auch in einem solchen Falle nichts im Wege, die Klage auf Grund der Erklärung des Klägers, befriedigt zu sein, abzuweisen. Die Kosten hat auf Grund analoger Anwendung des § 89 C. P. O. für den entgegengesetzten Fall[1]) der Beklagte zu tragen. Will man statt „Abweisung" „Erledigung" sagen, so ist dagegen nichts zu erinnern, wenn man sich darüber klar ist, daß auch damit eine absolutio ab actione ausgesprochen wird. Es steht nichts im Wege, diese im Allgemeinen schon ohne besondere Bestimmung sich ergebende Regel auch in jenen speziellen Fällen zur Anwendung zu bringen.

Etwas Aehnliches gilt bezüglich der in § 589 a (§ 591 a) C. P. O. gewählten Wendung, daß bei Versäumniß des Klägers im Ehenichtigkeitsprozesse durch Urtheil ausgesprochen werden soll, „daß die Klage als zurückgenommen gelte". Es soll damit gesagt sein, daß nicht absolutio ab actione, sondern absolutio ab instantia stattfinde. Muß zu diesem Zwecke das Gericht gezwungen werden, der Urtheilsformel, welche doch vor Allem klar und deutlich sein muß, eine unwahre Beimischung zu geben? Sollte nicht statt der fiktiven Fassung eine andere einfache und deutliche gewählt werden können, etwa dahin, „daß die Entscheidung abgelehnt werde"? Es wäre dann noch zu bestimmen, daß eine solche Entscheidung dieselben Wirkungen haben, wie die Zurücknahme einer Klage.[2])

Eine große Zahl von Bestimmungen mit prozessualischem Inhalte oder prozessualischer Beimischung findet sich auch in dem *ehelichen*

---

[1]) Dieselbe ist nicht blos in diesem Falle unentbehrlich. — Richtiger wäre es allerdings, in der C. P. O. als § 89 a ausdrücklich zu bestimmen: Hat der Beklagte durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben, so fallen demselben die Prozeßkosten auch dann zur Last, wenn das Begehren des Klägers wegen sachlicher Erledigung abgewiesen werden muß, und Kläger dieses rechtzeitig anerkennt.

[2]) Auf die, auch in den prozessualischen Bestimmungen hervortretende, besondere Behandlung der Nichtigkeit wegen *Formmangels* (§§ 139, 568, 571, 581, 587, 589 a, 591 a C. P. O.) gedenke ich in einem besonderen Aufsatze zurückzukommen.

Digitized by Google

Güterrechte. Es wird dahin etwa ein Viertel sämmtlicher Paragraphen zu rechnen sein. Die Reichsjustizgesetze haben sich um gemeinschaftliche Vermögensberechtigungen und Verpflichtungen sehr wenig gekümmert und, wie im römischen Rechte das Vermögen immer nur als einer Person (Mensch oder außermenschliches Rechtssubjekt) gehörig gedacht. Namentlich ist bei der Ordnung der Zwangsvollstreckung und des Konkurses auf diese Verhältnisse so gut wie gar keine Rücksicht genommen. Eine Ergänzung war also hier dringend nothwendig. Nur sollte man sie nicht im B. G. sondern in der C. P. O. und K. O. vornehmen.

Die C. P. O. hat die Prozeßfähigkeit der Ehefrau unbedingt anerkannt (§ 51 Abs. 2 C. P. O.). Damit ist aber, wie allseitig zugegeben wird, die Beschränkung der Verfügungsbefugniß, welche aus dem ehelichen Güterrechte hervorgeht, nicht betroffen. Positive Vorschriften in dieser Beziehung sind erwünscht, da die Kontroverse auf diesem Boden üppig wuchert. Der Entwurf[1]) bestimmt für das System des ehemännlichen Nießbrauchs, daß die Ehefrau zur Erhebung eines Rechtsstreits, in welchem ein Ehegutsrecht geltend gemacht wird, der Einwilligung des Mannes bedarf, so daß, wenn diese fehlt, die Ehefrau wegen mangelnder voller Prozeßfähigkeit abzuweisen ist (absol. ab instantia), daß aber im anderen Falle das Urtheil auch gegen den Ehemann wirkt; daß dagegen in allen anderen Fällen die Ehefrau der Einwilligung des Mannes nicht bedarf, aber das Urtheil auch nicht gegen den nicht genehmigenden Ehemann Wirksamkeit hat. Daran schließen sich Bestimmungen für Ausnahmefälle, in denen die Einwilligung des Ehemannes nicht erforderlich ist, gleichwohl aber das Urtheil gegen den Ehemann wirksam ist, sowie die weiteren Sätze, daß im Allgemeinen der Ehemann zur Führung eines Rechtsstreits der Vollmacht der Ehefrau bedarf, daß die Ehefrau unter Umständen eine solche Vertretung bez. die Einwilligung zur Prozeßführung verlangen kann, daß endlich die Ehefrau, welche Vormünderin ihres Mannes ist, diesen auch hinsichtlich der Ertheilung der Einwilligung zur Führung von Prozessen vertritt. Eine Vereinfachung dieser Vorschriften wäre sehr erwünscht. Namentlich wäre zu prüfen, ob es nicht angängig wäre, von der Regel auszugehen, Prozesse, bei welchen der Mann nicht als Partei zugezogen ist, auch gegen den Mann nicht wirksam sein zu lassen, dagegen die Prozeßfähigkeit der Frau nicht zu beschränken. Jedenfalls aber gehören diese Bestimmungen in die C. P. O. zu § 50.[2])

---

[1]) §§ 1302, 1303, 1306, 1307, 1309, 1310, 1322, 1326, 2148 Z. 4 B. G.

[2]) Dagegen gehören die damit in Zusammenhang stehenden §§ 1297 Z. 5, 1312 Z. 1, 1316 Z. 3 u. 4 allerdings in das B. G. Auf die Entscheidung über den Kostenpunkt im Prozeß haben sie keinen Einfluß.

Digitized by Google

Für das System der Gütergemeinschaft ist verordnet, daß die prozessualische Verfügung über das Gesammtgut in der Regel nur dem Ehemanne zusteht, daß die Ehefrau nur bei Behinderung des Ehemannes im eigenen Namen oder im Namen des Ehemannes zur Prozeßführung befugt ist, daß sie insbesondere Prozesse, welche beim Eintritte der Gütergemeinschaft bereits anhängig sind, selbständig fortsetzen darf, daß aber das Urtheil gegenüber dem Ehemanne wirksam ist, daß endlich von der Auflösung der Gütergemeinschaft bis zur Auseinandersetzung gemeinschaftliche Prozeßführung eintritt.[1]) Auch diese Vorschriften gehören in die C. P. O. Es wird bei der Umstellung insbesondere darüber Klarheit zu schaffen sein, ob die Ehefrau den Prozeß als Partei oder als gesetzliche Vertreterin des Mannes zu führen hat.

Im Anschlusse an diese Vorschriften ist bestimmt, daß die Verbindlichkeiten der Ehefrau aus Urtheilen und wegen der gerichtlichen Kosten des Rechtsstreites nicht Gesammtgutsverbindlichkeiten sind, wenn nicht entweder der Ehemann eingewilligt hat, oder eine solche Einwilligung nicht nöthig war (§ 1362 Z. 1), daß gewisse aus einem Rechtsstreite herrührende Verbindlichkeiten überhaupt oder doch Dritten gegenüber Gesammtgutsverbindlichkeiten sind,[2]) sowie daß der Ehemann der Ehefrau die Mittel zur Führung des Rechtsstreits gewähren muß.[3]) Diese Vorschriften gehören dem B. G. an, da sie für die Prozeßbehandlung selbst nicht in Betracht kommen.[4])

Besondere Bestimmungen betreffen den auf Auflösung der ehelichen Nutznießung bez. der Gütergemeinschaft gerichteten Rechtsstreit. Das Urtheil hat konstitutive Bedeutung.[5]) Mit der Rechtskraft tritt die Auflösung ein. Der Richter hat auf Antrag der Ehefrau bei Auflösung der Gütergemeinschaft zu bestimmen, daß der gesetzliche Güterstand eintrete. Anderenfalls tritt völlige Gütertrennung ein. Für die Auseinandersetzung ist der Zustand zu der Zeit maßgebend, als der Rechtsstreit anhängig wurde.[6])

Es ist hier Prozessualisches und Privatrechtliches derart in Zusammenhang gebracht, daß sich kaum sagen läßt, wo die Bestimmungen, so wie

---

[1]) §§ 1352, 1358, 1357, 1373 Abs. 1 B. G.

[2]) § 1367 Z. 4, 1423 Z. 3, 1426 Z. 5.

[3]) § 1366.

[4]) Gleiches gilt für die §§ 1530 Z. 1, 3, 4, 1531 Z. 5.

[5]) Ebenso das Urtheil auf Wiederherstellung § 1331 Abs. 2 B. G.

[6]) §§ 1327 Z. 2, 1328, 1329, 1371 Z. 2, 1372, 1381, 1379, 1403 Z. 3, 1405 a. E., 1407 Abs. 1 — Ueber die Unwirksamkeit zu Gunsten Dritter § 1337.

Digitized by Google

sie dastehen, ihren Platz am besten fänden. Es würde sich aber fragen, ob nicht eine bessere Trennung der Privatrechts- und der Prozeßnormen angängig wäre. So könnte z. B. das Privatrechtsbuch die Sätze: „Die Bestimmung (in dem Urtheile, daß der gesetzliche Güterstand eintrete) ist nur zulässig, wenn sie von der Ehefrau beantragt war. Im Falle eines solchen Antrages muß sie erfolgen", aufgeben, und sich statt dessen auf die Vorschrift beschränken, daß die Ehefrau den Eintritt des gesetzlichen Güterstandes fordern kann.

Zu § 1492 wäre zu fragen, ob sich die Grenze nicht ohne Zuhülfenahme der „Rechtshängigkeit" bestimmen ließe, und zu § 1509, ob nicht der Zusatz „Rechtsgeschäfte und Rechtsstreitigkeiten" gestrichen werden könnte.

In dem Zwangsvollstreckungsrecht der C. P. O. fehlt es an besonderen Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung in das Vermögen der Ehegatten und in Kindesvermögen. Es war daher Aufgabe der Wissenschaft, auf Grund der hinsichtlich dieser Vermögen geltenden privatrechtlichen Sätze die prozessualischen Bestimmungen zu entwickeln.[1]) Positive Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung erscheinen aber wünschenswerth und sind nach reichsrechtlicher Kodifikation der betreffenden privatrechtlichen Institute auch ausführbar. Sie gehören jedoch, soweit sie eben die Zwangsvollstreckung regeln, in die C. P. O. Das gilt zunächst von den §§ 1314, 1315, 1360, 1374, 1424 Abs. 1, 1528 Satz 2 B. G., welche bestimmen, daß zur Zwangsvollstreckung in das Ehegut im Falle des Systemes des ehemännlichen Nießbrauches ein Titel gegen beide Eheleute erforderlich ist, daß dagegen im Falle der allgemeinen oder beschränkten Gütergemeinschaft bis zur Auflösung ein Titel gegen den Ehemann genügt, während nach der Auflösung bis zur Auseinandersetzung ein Titel gegen beide Eheleute erforderlich ist, daß ebenso hinsichtlich des Kindesvermögens nur ein Titel gegen das Kind nothwendig ist. Ganz besonders störend wirkt es, Bestimmungen darüber, daß dem Urtheile andere vollstreckbare Titel, insbesondere auch vollstreckbare Urkunden, gleichstehen, sowie Regeln über die Ertheilung der vollstreckbaren Ausfertigung in dem Falle, daß der Eintritt der ehelichen Güterrechtsfolgen bez. ihre Auflösung erst nach der Rechtshängigkeit eingetreten ist, in dem B. G. zu sehen.

Ebenso offenbar gehören Bestimmungen, welche die eheliche Nutznießung der Pfändung entziehen, und die Ehefrau auf den in § 690 C. P. O. angegebenen Weg verweisen (§§ 1298, 1299 B. G.), oder in die Antheile der Ehegatten an dem gütergemeinschaftlichen Vermögen keine

[1]) Vergl. Krech u. Fischer, Zw. O. S. 160 ff.

Digitized by Google

selbständige Zwangsvollstreckung gestatten (§§ 1345, 1373 Abs. 1 B. G.), in die C. P. O.[1])

Endlich würde auch die Vorschrift in § 1511 a. E., daß zur Veräußerung oder Belastung eines Gegenstandes im Wege der Zwangsvollstreckung die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes nicht erforderlich sei, in die C. P. O. gehören, wenn sie nothwendig wäre. In Wirklichkeit ist sie aber überflüssig, da es sich dabei gar nicht um Belastung der Veräußerung mittels Rechtsgeschäftes handelt. Sie ist sogar schädlich, weil sie unrichtigen Theorien über das Wesen der Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung Vorschub leistet.

Bezüglich des Konkurses über ein gütergemeinschaftliches Vermögen findet sich in der K. O. eine bedenkliche Lücke. Es ist nicht möglich, über das Vermögen zweier in Gütergemeinschaft lebender Eheleute einen einheitlichen Konkurs zu eröffnen.[2]) Dieser Mangel ist in der Praxis so schwer empfunden worden, daß sich vielfach die Gerichte über das Gesetz hinweggesetzt und ein gemeinschaftliches Konkursverfahren eingerichtet haben. Das B. G. sucht durch die Vorschrift[3]) zu helfen, daß das Gesammtgut zur Konkursmasse des Ehemannes gehört und der Ehefrau das Recht auf Auseinandersetzung und Absonderung versagt wird. Zunächst ist es unzweifelhaft, daß diese Bestimmung in die K. O. zu § 1 gehört.[4]) Im Weiteren dürfte aber doch zu erwägen sein, ob man nicht einen gemeinschaftlichen Konkurs über das Vermögen der beiden Eheleute zulassen will.

Ueberaus künstlich sind die neu erfundenen Bestimmungen über den Einfluß des Konkurses auf eine Errungenschaftsgemeinschaft.[5]) Mit der Rechtskraft der Eröffnung des Konkurses, also für gewöhnlich nach Ablauf von zwei Wochen seit der Zustellung des Eröffnungsbeschlusses an den Ehemann, hört die Errungenschaftsgemeinschaft auf. Die Ehefrau kann aber, so lange der Konkurs schwebt, jederzeit und

---

[1]) Wegen der Beweislastvorschrift in § 1299 Abs. 3 s. o. § 3 S. 22.

[2]) Vergl. Wilmowski, Kommentar zu § 94 K. O., R. G. Entsch. 8 Nr. 26 S. 102.

[3]) § 1361 mit § 1424 Abs. 2.

[4]) Ebendahin gehört auch § 1375 B. G. und dürfte sich die Umstellung um so mehr empfehlen, als in diesem Paragraphen zwei Bestimmungen der K. O. in Bezug genommen werden. — Art. 13 E. G. B. G. streicht den bisherigen Abs. 2 des § 1 K. O. Es ist nicht abzusehen, weshalb die an seine Stelle tretenden Sätze, soweit sie nicht allgemeine Normen des ehelichen Güterrechtes enthalten, sondern nur diese speziellen und ausdrücklichen Folgerungen für den Konkurs ziehen, nicht an dessen Stelle gesetzt sind.

[5]) §§ 1429 Abs. 3, 1430 Abs. 2 B. G.

Digitized by Google

ohne Weiteres die Wiederherstellung der Gemeinschaft verlangen. Sie muß aber zu diesem Zwecke ihren Mann verklagen und dafür sorgen, daß die Klagerhebung vor dem Beendigungsbeschluß erfolgt, so daß ihr Recht von der Wahrung eines ganz ungewissen und ihrem Einflusse durchaus entzogenen Termines abhängig ist. Daß dieser komplizirte Mechanismus fallen muß, bedarf weiterer Ausführung nicht. Wohin man die an die Stelle desselben tretenden Bestimmungen zu setzen hat, wird von ihrem Inhalte abhängen.

Offenbar in die K. O. gehört auch § 1494 B. G., welcher über die Geltendmachung eines „Unterhaltsanspruches" im Konkurse des Schuldners handelt.[1])

Die Vorschriften über das eherechtliche Register (§§ 1435 bis 1439) würden event. dem f. G. zu überweisen sein. Auch bezüglich eines großen Theiles der in das Vormundschaftsrecht aufgenommenen Bestimmungen kann die Frage erhoben werden, ob sie nicht dem f. G. bezw. einer besonderen Vormundschaftsordnung zu überweisen wären.[2])

§ 1747 B. G. dagegen, welcher über die Prozeßfähigkeit der in einem Rechtsstreite von einem Pfleger vertretenen prozeßfähigen Person handelt, gehört in die C. P. O.

6. Erbrecht.

§ 7.

Im Erbrechte ist zunächst zu bemerken, daß die Bestimmungen über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen, sowie die Bestimmungen über das Verfahren des Nachlaßgerichtes einschließlich des Verfahrens bei Ertheilung von Erbbescheinigungen dem f. G. zu überweisen sein würden, wenn ein solches besonderes Gesetz erlassen würde.[3]) Unter den dem Nachlaßgerichte zugewiesenen Funktionen befinden sich auch Aufgebote. Sofern dieselben, wie das in § 2067 geordnete Aufgebot der Erben, ganz einfach, insbesondere ohne Aus-

[1]) Gegen die Belassung des § 1553 in dem B. G. dürfte nichts zu erinnern sein.

[2]) Dahin gehören auch Vorschriften über das Vormundschaftsgericht, welche außerhalb des Abschnittes „Vormundschaft" stehen, wie die §§ 1404, 1504 Abs. 2, 1538 u. s. w. Die polizeiliche Hülfe in § 1505 Abs. 2 würde an sich auch nicht in die Privatrechtsordnung gehören und wäre daher am besten provisorisch in das E. G. zu stellen.

[3]) In Betracht kommen namentlich die §§ 1398, 1892, 1895, 1915 ff., 1937 bis 1939, 1943 ff., 1974, 2040 bis 2042, 2058 ff., 2067, 2068 bis 2079, 2094, 2095, 2103 ff., 2156.

Digitized by Google

schlußurtheil, verlaufen, mag es gerechtfertigt sein, dieselben durch das Nachlaßgericht im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit erledigen zu lassen. Dagegen gehört das Verfahren betreffend das Aufgebot der Nachlaßgläubiger,[1]) welches fast ganz in den Formen der C. P. O. vor sich geht und zu einem Ausschlußurtheile führt, seiner Natur nach zur streitigen Gerichtsbarkeit. Es ist deshalb unrichtig, das Nachlaßgericht *als solches* zuständig zu machen. Das Verfahren ist vielmehr in die C. P. O. zu verweisen, und es wird dort eine Zuständigkeitsbestimmung zu geben sein, nach welcher dasselbe Amtsgericht zuständig ist, welchem für die freiwillige Gerichtsbarkeit die Zuständigkeit als Nachlaßgericht beiwohnt.

Von den hinsichtlich des *Testamentsvollstreckers* gegebenen, an den Prozeß streifenden Vorschriften wird man die in § 1897 B. G., nach welcher bei dem Widerspruch der Erben der Testamentsvollstrecker Vermächtnisse nicht eher auszahlen darf, bis der Erbe rechtskräftig verurtheilt ist, dem Privatrechtsbuch zu belassen haben. Dem Schlußabsatz des Paragraphen, nach welchem eine Klage des Vollstreckers gegen den Erben auf Gestattung der Vollziehung eines Vermächtnisses ausgeschlossen ist, würde sich indeß leicht eine andere, rein privatrechtliche Fassung geben lassen.

Wenn der Testamentsvollstrecker alle zum Nachlasse gehörigen Rechte geltend machen darf, so versteht sich von selbst, daß er dazu alle, insbesondere die vom Prozeßrecht eröffneten, Wege einschlagen darf. Die Erwähnung der Klage in § 1899 B. G. dürfte daher überflüssig sein.

Dagegen gehört die Bestimmung, daß ein Rechtsstreit, durch welchen eine Nachlaßverbindlichkeit geltend gemacht wird, gegen den Erben zu erheben sei (§ 1903 Abs. 2), wenn ihr diese prozessualische Fassung belassen wird, dem Prozeßrecht an. Das Gleiche gilt von dem Satz (§ 1903 Abs. 1), daß, so lange das Amt des Testamentsvollstreckers besteht, nur dieser und nicht der Erbe zur Erhebung eines Rechtsstreits behufs Geltendmachung eines zum Nachlasse gehörigen Rechtes befugt ist.[2])

---

[1]) §§ 2064, 2120 ff., 2176.

[2]) Sehr entschieden muß dagegen Verwahrung eingelegt werden, daß bei dieser Gelegenheit der Testamentsvollstrecker „*gesetzlicher Vertreter der Erben*" genannt wird. Durch die Aufnahme solcher unrichtigen Konstruktionen in das Gesetz wird die Konstruktionsfrage nicht entschieden, sondern nur verwirrt (pr. P. S. 27). Es zeigt sich hier ähnlich wie früher bei § 872 (s. o. § 5 S. 44), daß dem B. G. ein klarer Stellvertretungsbegriff nicht zu Grunde liegt. Von dem Merkmale jeder wahren Vertretung, daß der Vertreter ausschließlich im Interesse des vertretenen Rechtssubjektes handelt, ist

Digitized by Google

§ 2057 B. G. schreibt vor, daß der Erbe, so lange er nicht das Recht zur Ausschlagung der Erbschaft verloren hat, zur Fortsetzung eines mit dem Erblasser schwebenden Rechtsstreites oder zur „Einlassung" auf einen gegen den Erben als solchen erhobenen Rechtsstreit nicht verbunden ist. Die Bestimmung gehört in die C. P. O. Es wird aber Sorge zu tragen sein, daß die Fassung, aus welcher ein Scheinargument für die Annahme einer „Einlassungspflicht"[1]) entnommen werden könnte, entsprechend geändert wird.

Die Regel, daß das Urtheil in dem Prozesse mit dem Vorerben Rechtskraft für und gegen den Nacherben habe (§ 1830 B. G.), gehört mit der ganzen Lehre von der Rechtskraft in die C. P. O.

Auch die Bestimmung, daß eine Verurtheilung vorbehaltlich des Inventarrechtes zulässig ist und auf Verlangen des Erben erfolgen muß, (§ 2140 B. G.) ist ebenso prozessualisch, wie die fernere Bestimmung, daß die weitere Erledigung des Abzugsrechtes in diesem Falle gemäß den §§ 686, 688, 689 C. P. O. erfolge.[2])

Ganz neu und eigenthümlich ist die Art und Weise, in welcher § 2142 B. G. die Erledigung des privatrechtlichen Offenbarungseides, zu dessen Ablegung der Erbe, welcher von dem Abzugsrechte Gebrauch machen will, dem Nachlaßgläubiger verpflichtet ist, in den Rechtsstreit über den Abzug hineingezogen wird. Das Prozeßgericht soll die Leistung des Eides durch einen Beschluß anordnen, auf welchen die Vorschriften über Beweisaufnahme und Weigerung eines Beweiseides (Versäumnißurtheil!) Anwendung finden. Nach Weigerung des Eides wird dann das Abzugsrecht als unbegründet verworfen.

Hätte man die Vorschrift in die C. P. O., in welche sie gehört, gesetzt, so würde ein solches prozessualisches pêle-mêle vermieden sein. Die Sache liegt eigentlich einfach. Der Erbe ist dem Nachlaßgläubiger gegenüber verpflichtet, den Offenbarungseid zu leisten, und zwar im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Zur Begründung des Abzuges, den er dem Gläubiger machen will, muß er sich auf das von ihm zu beeidigende Inventar berufen. Hat er ein solches nicht, so wird er mit seinem Abzuge enthört, wenn nicht das Gericht Veranlassung nimmt,

---

bei dem Testamentsvollstrecker, welcher zur Durchführung des letzten Willens auch gegen den Erben berechtigt sein muß (§§ 1896 ff. B. G.), nicht die Rede. Er ist Verfüger über fremde Rechte, ohne Stellvertreter zu sein. (Vergl. pr. P. S. 676, 708).

[1]) Vergl. pr. P. S. 742.

[2]) Vergl. dazu die Abänderung der §§ 695, 696 C. P. O. durch Art. 11 E. G. B. G.

Digitized by Google

die Entscheidung auszusetzen, um dem Erben Gelegenheit zur Nachholung zu geben. Das Hereinziehen des Verfahrens zur Leistung des Offenbarungseides in den Prozeß über das Abzugsrecht muß verwirrend wirken. Wie stellt sich dieses Verfahren insbesondere zu dem in § 777 B. G. vorgesehenen?[1])

§ 1904 B. G. beschäftigt sich mit dem zur Zwangsvollstreckung in den Nachlaß erforderlichen Titel. Neben dem Titel gegen die Erben ist unter Umständen ein Titel gegen den Testamentsvollstrecker erforderlich. Die Bestimmung gehört nach den hier befolgten Grundsätzen in die C. P. O., ebenso wie die sich daran schließende über den Widerspruch des Testamentsvollstreckers gegen die Zwangsvollstreckung. Gegenstände, über welche der Vorerbe nicht verfügen darf, sind auch dem Zugriff im Wege der Zwangsvollstreckung gegen denselben entzogen (§ 1829 B. G.); die Pflichttheilsforderung unterliegt der Zwangsvollstreckung und dem Arreste nicht, so lange sie nicht geltend gemacht ist (§ 1992 B. G.). So lange der Erbe das Recht, die Erbschaft auszuschlagen, nicht verloren hat, ist Arrest und Zwangsvollstreckung nur wegen Nachlaßforderungen und nur gegen den Nachlaß zulässig (§ 2057 B. G.). Für die Dauer des Aufgebotes der Nachlaßgläubiger kann der Erbe — mit gewissen Ausnahmen — die Einstellung der Zwangsvollstreckung verlangen (§ 2130 Abs. 1 in Verbindung mit den §§ 2125, 2131 B. G.); ein gleiches Recht hat er, so lange das Inventar noch nicht errichtet ist (§ 2143 B. G.). Alle diese Bestimmungen stehen freilich mit bestimmten erbrechtlichen Instituten im näheren Zusammenhange. Da sie aber aus den privatrechtlichen Vorschriften die prozessualischen Konsequenzen ziehen, so gehören sie dem Prozeßrechte an, ebenso gut wie die Vorschriften über die besonderen Gerichtsstände, welche sich den verschiedenen Gattungen privatrechtlicher Forderungen anschließen, oder der § 238 C. P. O., welcher von den privatrechtlichen Sätzen über Rechtserwerb von einem Nichtberechtigten die prozessualische Anwendung macht.

Die besonderen Bestimmungen der K. O. über den Nachlaßkonkurs beschränken sich auf die Zuständigkeit, die Voraussetzungen des Verfahrens, die Antragsberechtigten und den Zwangsvergleich. Der Art. 13 E. G. B. G. hat von diesen Bestimmungen den § 205 Abs. 2, welcher, wenn nicht alle Nachlaßvertreter den Antrag stellen, besondere Erfordernisse der Konkurseröffnung aufstellt, und den § 206 über analoge besondere Voraussetzungen des Zwangsvergleichs gestrichen, dagegen zwei neue Bestimmungen eingefügt, welche die Anmeldung im Aufgebots-

[1]) s. o. § 4 S. 38.

Digitized by Google

verfahren unter gewissen Bedingungen auch für den Konkurs wirksam sein lassen, und einen Nachlaßkonkurs über den einzelnen Antheil des Miterben gestatten.

Außerdem enthält nun aber das B. G. eine ganze Reihe von Bestimmungen über den Nachlaßkonkurs, welche richtiger in der K. O. unterzubringen wären.

Wenn die Bestimmung, daß die Eröffnung des Verfahrens durch die Ueberlegungsfrist gehindert werde (§ 204 K. O.), in die K. O. gehört, so ist nicht abzusehen, weshalb § 2109 B. G., welcher nach Erlöschen des Inventarrechtes den Nachlaßkonkurs nicht mehr zuläßt, und § 2144 B. G., welcher bestimmt, daß durch den Umstand, daß über die Abzugseinrede rechtskräftig erkannt ist, das Recht, den Konkurs zu beantragen, nicht berührt werde, sowie § 2130 Abs. 2 B. G., welcher besagt, daß der Nachlaßgläubiger auch während des Aufgebotsverfahrens den Konkurs beantragen darf, nicht ihren Platz in der K. O. finden sollten.

§ 2110 B. G., welcher die Nachlaßgläubiger für den Fall des Konkurses von Arrest- und Zwangsvollstreckung ausschließt, ist lediglich eine Modifikation des § 11 K. O. Die §§ 2111, 2112 B. G. modifiziren in ähnlicher Weise den § 6 K. O. bezüglich der Verfügungen des Erben über die Gegenstände der Konkursmasse, § 2113 B. G. normirt in Ergänzung des § 52 K. O. eine Reihe besonderer Masseschulden für den Nachlaßkonkurs.

Die §§ 2114 bis 2117 B. G. bestimmen in Ergänzung der §§ 54 ff. K. O., welche Forderungen als Konkursforderungen geltend gemacht bezw. nicht geltend gemacht werden können. § 2145 ordnet analog dem § 57 K. O. die Geltendmachung von Forderungen, welche durch das beneficium inventarii betroffen sind. § 2118 B. G. handelt im Anschluß an § 152 K. O. von der Geltendmachung der Konkursforderungen nach Aufhebung des Verfahrens. § 2064 B. G. ist, soweit er nicht das Aufgebotsverfahren betrifft und deshalb in die C. P. O. gehört, eine ganz überflüssige Wiederholung des § 205 K. O. § 2119 B. G. endlich ist zum Theil eine Wiederholung des neu projektirten § 206 K. O.; im Uebrigen enthält er die rein prozessualische Vorschrift, daß die Konkurse über die Erbtheile mehrerer Miterben in der Regel zu verbinden sind.[1]) § 2128 B. G. ergänzt die §§ 56, 205 K. O., insofern er dem im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Nachlaßgläubiger das Recht, den Konkurs zu beantragen oder in demselben seine Forderung geltend zu machen, nimmt. Die Unterbringung dieser konkursrechtlichen Vorschriften in das B. G.,

[1]) Es wäre zu prüfen, ob die Zulassung der Verbindung nicht verallgemeinert werden könnte (s. o. § 6 S. 58).

Digitized by Google

und zwar in der buntesten Ordnung, muß die einheitliche Kodifikation des Konkursrechts in der K. O. zerstören und dem Konkursgericht und allen bei der Durchführung des Konkurses Betheiligten die Arbeit ganz unnöthig erschweren. Noch ärger ist Folgendes: § 43 K. O. ordnet die abgesonderte Befriedigung der Nachlaßgläubiger im Konkurse des Erben, allerdings unter Bezugnahme auf die Landesgesetze. Diese Regelung soll jetzt dadurch ersetzt werden, daß der Nachlaßgläubiger einen abgesonderten Nachlaßkonkurs beantragen kann. Die Ersatzvorschrift ist aber statt in die K. O. in § 2150 B. G. gesetzt und die K. O. soll künftig einen § 43 erhalten, welcher besagt: „Ist der Konkurs über das Vermögen eines Erben eröffnet, so bestimmen sich die Rechte der Nachlaßgläubiger nach den Vorschriften des § 2150 B. G."

Auch die Bestimmung, daß Gegenstände, über welche der Vorerbe nicht verfügen darf, in dem Konkurse über sein Vermögen nicht angegriffen werden dürfen (§ 1829 Abs. 2 B. G.) gehört in die K. O., wo sie indeß durch eine Verweisung auf das Zwangsvollstreckungsrecht abgemacht werden kann. Das Gleiche gilt von § 1992 B. G., insofern er die Pflichttheilsforderung vor ihrer Geltendmachung durch den Berechtigten nicht zur Konkursmasse gehören läßt.

II. Grundbegriffe.

1. Anspruch oder Forderung?

§ 8.

Einer modernen Privatrechtskodifikation erwachsen, namentlich wenn sie bestrebt ist, sich in ihren Grundbegriffen möglichst eng an das römische Recht anzuschließen, die größten Schwierigkeiten durch die römischen Begriffe actio und exceptio. Diese stehen mit dem schon früher hervorgehobenen[1]) Umstande in Verbindung, daß das römische Rechtssystem ein Prozeßrechtssystem mit privatrechtlichem Inhalt war, ähnlich wie wir es noch jetzt in Werken von sehr zweifelhaftem Werthe mit der Ueberschrift „Klage und Einrede" finden können. Bei der modernen Auseinandersetzung zwischen Privatrecht und Prozeß müssen diese Begriffe fallen, und es ist für das Privatrecht wie für den Prozeß zu prüfen, ob und wie ihre Stelle zu ersetzen ist.

Die wissenschaftlichen Erörterungen über die Frage haben keineswegs schon zu einem klaren Ergebnisse geführt. Bezüglich des positiven Aufbaues ist das auch sehr erklärlich. Weniger begreiflich ist es, daß

[1]) s. o. § 2 S. 7.

Digitized by Google

man auch über den Wegfall der römischen Begriffe noch nicht einig geworden ist.

Bei dieser Sachlage kann keine Rede davon sein, den Verfassern des Entwurfes einen persönlichen Vorwurf daraus zu machen, daß auch sie auf diesem Gebiete nicht zu klaren und völlig befriedigenden Grundbegriffen gelangt sind. Ein Ueberblick über die Sachlage wird aber auch hier vielleicht die weitere Beschlußfassung über den Entwurf fördern können.[1])

Die römische actio[2]) ist die durch Rechtsnorm des ius civile oder des ius praetorium unter bestimmten Voraussetzungen gegebene Aussicht auf iudicium. Um diese Aussicht einem bestimmten Subjekt zuzuschreiben, genügt das Vorhandensein einer Berechtigung absoluter oder relativer Natur, aus welcher Forderungen oder sonstige gegen einen Anderen zu erhebende Begehren hervorgehen *könnten*, welche als res, de qua agitur, mittels jener actio geltend zu machen sind. Daß aber solche Forderungen bereits vorhanden *sind*, ist nicht erforderlich. In diesem Sinne werden dem Eigenthümer rei vindicatio und actio negatoria zugeschrieben, auch wenn ihm noch Niemand seine Sache vorenthalten oder dingliche Rechte an derselben beansprucht hat; sie gehen zunächst gegen Jedermann; ebenso hat der Darlehnsgläubiger die condictio mutui, auch wenn seine Forderung noch nicht fällig ist. Zum wirksamen Gebrauch der actio, zur experiundi potestas ist aber immer eine Forderung oder ein sonstiges gerechtfertigtes Begehren, die res, de qua agitur, erforderlich. Es besteht dabei zwischen absoluten und relativen Rechten der Unterschied, daß der Inhalt der letzteren in der res, de qua agitur, aufgeht, und daher ist die Identifizirung von obligatio und actio sehr häufig.

Die Besonderheit dieser theoretischen und praktischen Auffassung der Römer besteht aber darin, daß die actio in dem hier gegebenen Sinne ein *nothwendiges* Mittelglied zwischen Privatrecht und Rechtsschutz bildet. Nullum iudicium sine actione.[3]) Es versteht sich, wenn man

---

[1]) Außerhalb der gestellten Aufgabe liegt ein Eingehen auf solches unmotivirte Fortschleppen veralteter römischer Sätze, welches nicht mit dem Aktionenrecht in Verbindung steht. Damit ist z. B. die nähere Kritik von § 2052 B. G. ausgeschlossen, der das Erlöschen des Besitzes mit dem Tode — schon im neueren römischen Rechte eine Anomalie — aus unrichtigen doktrinären Gründen dem dringenden praktischen Bedürfnisse entgegen festhält. Vergl. dazu Bähr S. 512, 513. Die preußische Praxis, auch die des Reichsgerichtes, macht es freilich auch nicht besser. Vergl. pr. P. S. 173.

[2]) Vergl. pr. P. S. 40.

[3]) Von extraordinaria cognitio, interdictum u. s. w. darf hier abgesehen werden.

Digitized by Google

ein Privatrecht, eine Forderung hat, nicht von selbst, daß man auch Rechtsschutz hat. Man bedarf einer actio, in welche die Forderung fällt (venit in actionem), und eine solche hat man nicht immer. Denn es gibt keine für alle Fälle passende actio generalis, und die Zahl der einzelnen actiones ist eine bis auf Weiteres geschlossene. Fehlt es an der actio oder ist dieselbe weggefallen, so besteht ein Recht bezw. eine obligatio sine actione.

In Folge der prinzipalen Wichtigkeit der actio hatte das subjektive Privatrecht für die Römer nur sekundäre Bedeutung.[1]) Die prätorische Rechtsentwickelung insbesondere schuf nicht neue Rechtssätze und Berechtigungen rein privatrechtlicher Natur, sondern neue actiones, und so entstehen auch actiones, denen eine obligatio civilis nicht zu Grunde liegt.

In Verbindung mit dieser eigenthümlichen Anschauung steht dann auch das „ne bis de eadem re sit actio"; durch den Gebrauch der actio entsteht Verbrauch von res und actio.

Der hervorragenden Bedeutung der actio entspricht es auch, daß die wichtigsten Eintheilungen, vor allen Dingen die nach der Dinglichkeit und Persönlichkeit, nicht auf die Rechte, sondern auf die actiones abgestellt wurden, daß die Lehre von der Konkurrenz und der Endigung, insbesondere auch durch Verjährung, die actio und nicht die zu Grunde liegende Berechtigung ins Auge faßte.

Schon im neuesten römischen Rechte hatte dieser Aktionenbegriff, welcher mit dem klassischen römischen Civilprozeß stehen und fallen muß, manche Einbuße erlitten. Aber die actiones blieben gleich den interdicta, wenigstens dem Namen nach, bestehen. Sie sind dem Namen nach auch in das gemeine deutsche Recht übergegangen, wo sie dann unter dem Namen „Klage" oder „Klagerecht" als Institute des geltenden materiellen Rechtes weiter fortgeschleppt wurden. Es war das freilich nur möglich, indem man einerseits die historische Entwickelung eines Jahrtausends ignorirte, und andererseits in den römischen Aktionenbegriff Elemente hineintrug, welche demselben völlig fremd waren.

Der wesentliche Unterschied unserer modernen Auffassung und der römischen besteht darin, daß, während den Römern eine scharfe Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht und eine klare Erkenntniß der besonderen rechtlichen Grundlage des letzteren fehlte, und sie demzufolge auch geneigt waren, den Rechtsschutz auf Privatberechtigungen der Parteien und auf ein gegenseitiges sich Obligiren derselben zurückzuführen, der Rechtsschutz heute ganz klar und rein als Staatsaufgabe erkannt ist, daß, wie das preußische Landrecht sich treffend aus-

[1]) S. o. § 2 S. 7.

Digitized by Google

drückt,[1]) die Pflicht des Staates, für die Sicherheit seiner Einwohner zu sorgen, der Grund der demselben zukommenden Gerichtsbarkeit ist. Lediglich auf dieser Pflicht und diesem Rechte des Staates beruht der Rechtsschutz. Dagegen war in der römischen Auffassung der Rechtsschutzbegründung ein privatrechtliches Element beigemischt. Der Rechtsschutz im konkreten Falle beruht auf der dem Betheiligten zustehenden, mit seiner Berechtigung erwachsenen actio.

Im Zusammenhange damit steht die heutige Allgemeinheit des Rechtsschutzes. Wenn heute eine vollkommen rechtsgültige Forderung vorhanden ist, so versteht es sich ganz von selbst, daß auch der Rechtsschutz gewährt wird. Der Vermittelung einer actio bedarf es nicht.

Damit ist evident, daß die römische actio nicht mehr ein Element des modernen Rechtes sein kann. Dieses Mittelglied zwischen Privatrecht und Prozeß muß fallen, und es kann sich nur fragen, was im Privatrecht und im Prozeß an die Stelle desselben zu setzen ist.[2])

Es wäre die Aufgabe der historischen Schule gewesen, auf der einen Seite für das römische Recht den Aktionenbegriff in seiner Reinheit darzustellen, andererseits nachzuweisen, daß derselbe für das moderne Recht antiquirt ist, und in diesem letzteren die so entstandene Lücke richtig auszufüllen.

Savigny[3]) ist aber im Wesentlichen auf dem Standpunkte der hergebrachten gemeinrechtlichen Lehre stehen geblieben. Diese hatte dem römischen Aktionenbegriff ein demselben fremdes germanisches Element, die Rechtsverletzung, beigemischt[4]) und den so gewonnenen Begriff dem

---

[1]) § 3 II, 17.

[2]) Die Prüfung der Klagbegründung kann aber nach wie vor nur von einem bestimmten rechtlichen Gesichtspunkte aus erfolgen, ohne daß aber, wenn der erste Gesichtspunkt nicht zutrifft, die Hineinziehung eines zweiten und dritten ausgeschlossen wäre. In diesem Sinne muß noch heute die Frage nach der rechtlichen Spezialisirung des Klagebegehrens (qualis sit actio) vor der Prüfung der Begründung (actio an sit fundata) beantwortet werden. c. 6 X de iud. (2, 1) und § 20 I, 5 preuß. A. G. O., welche das investigare, cujus modi actio intentetur, bezw. das ängstliche Sichbinden an die genera und formulae actionum perhorresziren, stehen damit nicht in Widerspruch. Richtig verstanden, haben diese ganz vernünftigen Vorschriften den Tadel Savigny's (System 5 S. 149) nicht verdient. Von Unverständigen konnten sie freilich dazu mißbraucht werden, jeder methodischen Sachprüfung entgegenzutreten.

[3]) System des heutigen römischen Rechtes Band 5 S. 1 ff., 286.

[4]) Vergl. Bethmann-Hollweg, der Civilprozeß des gemeinen Rechtes, Bd. 1, § 15 S. 27 ff.; Bd. 4, § 2 S. 3 ff. und vor Allem § 12 S. 24 ff.

Digitized by Google

geltenden Rechte unterzulegen gesucht. Actio (Klage, Klagerecht) ist danach ein aus der Verletzung des Rechtes entspringendes, auf Aufhebung der Verletzung gehendes Verhältniß. Verletzung ist Verneinung oder faktischer Eingriff. Bei Kontraktsobligationen ist die Obligation vor der Verletzung vorhanden, bei Deliktsobligationen fallen Verletzung und Entstehung der Obligation zusammen, aber jede Verzögerung der Erfüllung ist eine neue Rechtsverletzung, durch welche die Klage begründet wird. Bei dem Eigenthum erzeugt die bloße Verletzung an sich schon ein obligationsähnliches Verhältniß, eine wahre Obligation entsteht aber erst durch die Litiskontestation.

Mit dieser Rechtsverletzungstheorie ist dann von Anderen ein großer Mißbrauch getrieben. Der Empfänger eines ohne Zeitbestimmung gegebenen unverzinslichen Darlehens ist nicht nur zur Rückgabe des Darlehens im Momente des Empfanges verpflichtet, sondern er begeht auch eine Rechtsverletzung, wenn er nicht in demselben Augenblicke zurückzahlt. Also ohne Rechtsverletzung läßt sich der wirthschaftliche Zweck des Darlehens nicht erreichen; ein Darlehen ohne Rechtsverletzung könnte nur als Kinderspiel oder Karnevalsbelustigung in Szene gesetzt werden. Noch ärger ist es bei der Verwahrung ohne Zeitbestimmung. Wenn der Verwahrer keine Verletzung der Rückgabepflicht begehen will, so muß er sofort zurückgeben. Dann wird freilich der Zweck der Verwahrung nicht erreicht, und der Verwahrer verletzt seine Verpflichtung zur Aufbewahrung. Behält er die Sache, so wird er umgekehrt zwar seiner Verwahrungspflicht gerecht, aber er verletzt seine Rückgabepflicht. Seine Vertragserfüllung ist in jedem Falle zugleich nach der anderen Seite Rechtsverletzung. Kein rechtlich denkender und handelnder Mensch darf eine Verwahrung übernehmen. Nach dieser Auffassung ist etwas gleichzeitig rechtlich erlaubt und unerlaubt, und das volenti non fit iniuria hat seine natürliche Geltung verloren. Zur Beruhigung fügt man freilich hinzu, daß zur Verletzung nicht nothwendig sei, daß der Schuldner subjektiv ein Unrecht begehe, oder daß sich der Gläubiger verletzt fühle, es genüge, daß ein gegenwärtiger rechtlicher Anspruch auf Erfüllung bestehe, dem nicht Genüge geleistet sei.[1])

Ich will demgegenüber nicht fragen: Was ist damit aus der altgermanischen Rechts- und Ehrenkränkung gemacht, wie ist die altgerma-

[1]) Vergl. Dernburg, Pandekten I § 146, und namentlich Demelius, Untersuchungen aus dem römischen Civilrechte I S. 172: „Für uns ist die objektive Rechtsverletzung von vornherein vorhanden, seitdem der Schuldner durch unbetagten Realkontrakt verpflichtet war, und doch (!) die Leistung, sei es immer mit Billigung des Gläubigers, ausließ."

Digitized by Google

nische Auffassung vom Rechtsstreit, bei der es sich auch im Civilprozeß nicht um Entscheidungen über Berechtigungen auf objektiver Grundlage handelte, sondern die höchst persönliche Satisfaktion wegen erlittener Kränkung durchgesetzt wurde, denaturirt? Denn darauf wird mit Recht entgegnet, daß der altgermanische Subjektivismus der römischen Objektivität weichen mußte. Aber ist in den gedachten Fällen auch nur die leiseste Spur einer objektiven Rechtsverletzung, eine Normwidrigkeit zu finden? und wenn nicht, wie kommt man dazu, dennoch von Rechtsverletzung zu sprechen? Es ist das kein bloßer Streit um Worte. Wer Eigenthum Diebstahl nennt, verstößt nicht blos gegen den Geist der Sprache.[1])

Vor Allem aber ist diese Rechtsverletzungstheorie dem römischen Rechte ebenso fremd wie dem modernen. Man kann sie dem praktischen Sinne der Römer gar nicht zutrauen. Die actio stützt sich einfach darauf, daß der actor ein Recht gegenüber dem reus hat. Zur experiundi potestas gehört nichts als ein gegenwärtiges vollkommenes, d. h. mit actio versehenes Recht. · „Eine Stelle im Corpus iuris civilis, welche als causa actionis die Rechtsverletzung bezeichnet, ist überhaupt noch nicht entdeckt".[2]) Die legis actio ist nicht, wie Savigny[3]) sagt, die zur Abwehr der Verletzung anzuwendende Thätigkeit, sondern die Durchsetzung der eigenen Berechtigung,[4]) und die spätere römische Auffassung ist in diesem Punkte dieselbe geblieben. Freilich kommt es nicht zur Litiskontestation, wenn nicht der Beklagte der vindicatio oder intentio eine contravindicatio bez. negatio entgegenstellt. Aber es wäre dennoch ganz verfehlt, als die Grundlage des iudicium nicht das klägerische Recht, sondern

---

[1]) Und das Alles geschah hauptsächlich, weil man den schon durch das praktische Bedürfniß gegebenen Satz, daß in den genannten Fällen die Verjährung mit der Hingabe der Sache beginnt, sonst nicht zu erklären wußte. Wäre es nicht besser, offen die Unerklärbarkeit einzugestehen, als eine Erklärung aufzustellen, welche an den gesunden Menschenverstand unerfüllbare Anforderungen stellt?

[2]) Briegleb, Vermischte Abhandlungen I S. 168.

[3]) A. a. O. S. 7.

[4]) Man vergleiche das römische „hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse ajo secundum suam causam" mit dem longobardischen: „Petre te appellat Martinus, quod tu tenes sibi malo ordine unum bovem" oder dem bajuwarischen: „Haec mihi iuiuste abstulisti, quae reddere debes et cum tot solidis componere", oder auch den Formeln aus dem Richtsteig: Her richter, so steit hir N. unde claget unseme Heren gode unde ju in godes stede, dat N. si komen wedder gode unde wedder recht unde hebbe em jammerliken afgemordet sinen liven vrunt edder he hebbe eme waldinges afgerovet N... unde biddet rechtes gerichtes over den vorbenomeden misdedigen man.

Digitized by Google

die durch die Bestreitung desselben begangene Rechtsverletzung zu betrachten.[1])

Und heute bestimmt unsere C. P. O. (§ 89 in Verbindung mit § 278), daß, wenn der Beklagte den „Anspruch" sofort anerkennt, zwar die Prozeßkosten dem Kläger zur Last fallen, wenn der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben hat, daß aber in der Sache selbst der Beklagte dem Anerkenntnisse gemäß zu verurtheilen ist. Damit ist der Rechtsverletzungstheorie, wie auch jetzt die Motive zum B. G.[2]) mit Recht hervorheben, der Boden entzogen, und mit ihr fällt auch die Savignysche Theorie vom Klagerecht.

Den erheblichsten Fortschritt hat unsere Lehre Windscheids Arbeit über die actio des römischen Civilrechtes vom Standpunkte des heutigen Rechtes zu verdanken.[3]) Das negative Ergebniß dieser Untersuchung ist eine Errungenschaft von bleibendem Werthe, da sie für jeden weiteren positiven Aufbau die nöthige Vorbedingung bilden muß.

„Verweisen wir die Aktionen aus unseren Darstellungen des heutigen Rechts, und stellen wir sie dahin, wohin sie gehören, in die Rechtsgeschichte. Mögen wir unseren Aktionen einen ähnlichen Nachruf nachsenden, wie einst Schiller den Göttern Griechenlands; — aber ins Grab gehören sie doch."[4])

Windscheid[5]) führte nun den Begriff „Anspruch" ein und definirte denselben als das Recht, von einem Anderen „Etwas" zu verlangen. Er unterscheidet dingliche und persönliche Ansprüche, je nachdem sie in dinglichen oder persönlichen Rechten enthalten sind. Das dingliche Recht wird durch eine unbegrenzte Vielheit von Ansprüchen gegen Jedermann gebildet, welche bereits von vornherein und vor jedem Eingriff in das Recht vorhanden sind. Die dinglichen Ansprüche gehen zunächst auf die

---

[1]) Dazu kommt aber, daß die actio auch vor der Litiskontestation ihre Bedeutung hat und namentlich auch durch confessio erledigt werden kann. Wie hätte man auch die Anstellung der actio bei der in iure cessio (Gaj. II, 24) zur Rechtsübertragung verwenden können, wenn man darin nicht die Geltendmachung der Berechtigung, sondern die Verfolgung einer Rechtsverletzung erblickt hätte?

[2]) I S. 359.

[3]) Daher sagt Wach, der Feststellungsanspruch, S. 20: „Windscheid hat den ersten und entscheidenden Schritt gethan, um unseren Begriff des subjektiven Privatrechtes zu reinigen von dem aktionenrechtlichen prozessualen Element".

[4]) S. 232. Auch das Fehlen der Rechtsverletzung in dem Begriffe der actio ist von Windscheid klar erkannt.

[5]) Vergl. Pandekten I § 83.

Digitized by Google

Negative, die Unterlassung; sie verwandeln sich aber durch Verletzung in den positiven Anspruch auf Wiederaufhebung. Persönliche Ansprüche gehen gegen bestimmte Personen und können zum Gegenstande etwas Positives oder Negatives haben.

Was das Verhältniß des Anspruches zur actio betrifft, so mein er, den Römern habe der Begriff des Anspruches gefehlt. Die actio sei nicht der Anspruch, weil dabei das Element des Gerichtsschutzes mitgedacht werde. Aber an dieses Element in seiner spezifischen Bedeutung werde häufig nicht mitgedacht, der Begriff actio ersetze die Stelle des Anspruches.

Ohne das Richtige in Windscheids Ausführungen zu verkennen hat dann Bekker[1]) auf die römische res de qua agitur hingewiesen und ausgeführt, daß unter dem heutigen Anspruche eher diese res, als die actio, mittelst welcher sie durchgeführt wird, zu verstehen sei.

Es würde an sich nicht viel verschlagen, daß Windscheid Anspruch und actio — freilich ohne ihre Identität zu behaupten — in ein zu nahes verwandtschaftliches Verhältniß gebracht hat, wenn nicht darunter der Aufbau des Anspruchsbegriffes gelitten hätte. Windscheid[2]) hat die absoluten Rechte, zu denen auch die dinglichen gehören, von den relativen, insbesondere den persönlichen, dadurch richtig geschieden, daß erstere gegen Jedermann bez. gegen alle Normunterworfenen wirken, letztere nur gegen bestimmte Personen;[3]) er hat nicht verkannt, daß aus den absoluten Rechten durch besondere Umstände, z. B. durch Vorenthaltung der Sache, relative Rechte entspringen können.

Auch einen anderen Unterschied der Rechte hat er nicht unbeachtet gelassen, daß es nämlich Rechte gibt, welche auf Gebotsgesetzen beruhen und darum ein Thun (dare, facere) des Verpflichteten erheischen, und Rechte, welche lediglich auf Verbot beruhen und daher nur ein non contra facere (pati, omittere) verlangen. Er hebt völlig richtig hervor, daß das absolute (dingliche) Recht nur auf Verboten beruht, daß dagegen das relative (persönliche) Recht in den meisten Fällen auf Gebotsgesetzen beruht, aber auch auf Verbotsgesetzen beruhen kann und im ersteren Falle einen positiven, im zweiten einen negativen Inhalt hat.[4])

---

[1]) Vergl. vornehmlich die Aktionen des römischen Privatrechtes I S. 1 ff.

[2]) Pandekten I § 41.

[3]) Der Grund ist der, daß erstere auf absoluten Normen und dadurch begründeten Pflichten Aller beruhen, die letzteren dagegen auf relativen Normen und den dadurch hervorgerufenen Pflichten bestimmter Personen gegen bestimmte andere Personen. Vergl. pr. P. S. 37.

[4]) Vergl. Pandekten I § 27, A. 1; 37, A. 2; 38, A. 3; 39, A. 1; 43, A. 7.

Digitized by Google

Aber er hat diesem Unterschiede nicht das ihm gebührende Gewicht beigelegt. Wenn er bemerkt: „Man kann übrigens sagen, daß auch das Verbot ein Gebot sei: Gebot der Unterlassung", so ist das zwar nicht zu bestreiten, aber es wird damit nicht genügend darauf hingewiesen, daß der Unterschied Gebot — Verbot tiefgreifende rechtliche Folgen hat. Die auf Gebot beruhenden, wenn auch aus einem absoluten Rechte hervorgegangenen, Rechte können durch Thun des Verpflichteten befriedigt werden. Hier ist Erfüllung, Leistung und dadurch Ueberführung aus dem Zustande des Unbefriedigtseins in den der Befriedigung möglich. Bei den lediglich auf Verbot beruhenden absoluten oder relativen Rechten ist dagegen eine Erfüllung, Leistung gar nicht denkbar,[1]) sondern nur eine Zuwiderhandlung, eine Ueberführung aus dem Zustande des Befriedigtseins oder richtiger des Friedens in den der Verletzung. Erst durch die Zuwiderhandlung entsteht ein positives Recht, welches der Erfüllung fähig ist. Es ist unnatürlich und verwirrend, die auf Negatives gehenden Rechte als „Ansprüche" oder Rechte, von einem Anderen „Etwas" zu verlangen, zu bezeichnen. Denn man nimmt dadurch die Sätze von Leistung und Erfüllung für einen Fall in Anspruch, auf den sie gar nicht passen.[2])

Hätte Windscheid den Anspruch auf das beschränkt, auf was er seiner Natur nach zu beschränken war, nämlich auf das Recht auf positive Leistungen, so würde er zugleich die von Anderen als seltsam[3]) bezeichnete Auffassung aufgegeben haben, nach welcher das dingliche Recht von vornherein aus einer unbegrenzten Vielheit von Ansprüchen gegen Jedermann besteht.

Der tiefere Grund dieser Mängel des Anspruchsbegriffes liegt in einer zu weit gehenden sachlichen Identifizirung des Anspruches mit der actio. Es handelt sich dabei nicht blos um den Gerichtsschutz. Die römische obligatio und die damit verbundene actio können auf pati und

---

[1]) Dieselbe könnte doch nur in dem geraden Gegentheile des Begriffes, dem Nichtsthun, bestehen.

[2]) In diesem Sinne sagt auch Kohler a. a. O. S. 11: „bei den obligationes non faciendi entsteht daher ein Anspruch erst mit der Störung."

[3]) Ihering, Jahrb. für Dogmatik 10 S. 392: „Diese reine negative und abstrakte Verpflichtung der gesammten Welt hat keinen Anspruch darauf, zu einem besonderen Begriffe erhoben zu werden." — Kohler, Recht und Prozeß, in Grünhut's Zeitschr. 14 S. 6: „Hiernach steht der Eigenthümer der geringfügigsten Sache in einem Rechtsverhältnisse zum Neger am Stanley Pool oder zum Noeforezen an der Geelvinksbai; jedes neu entstehende Eigenthum durchbebt die ganze Menschheit mit seinem Schauer und jedes neu gegrabene Erzstück bewirkt eine Rechtserschütterung, die bis an den Nordpol reicht."

Digitized by Google

omittere gehen, von dem Vorhandensein von rei vindicatio und actio negatoria kann vor jeder Störung gesprochen werden. Von dem Anspruche muß, wenn der Begriff praktisch brauchbar sein soll, das Gegentheil gelten.[1])

Der „Anspruch" im Sinne Windscheids ist ein privatrechtlicher. Neuerdings wird nun von Wach der Anspruch als „Rechtsschutzanspruch" für das publizistische Gebiet, für den Civilprozeß verwandt. Vorher hatten Degenkolb und Plósz Jedem, welcher thatsächlich, gleichviel ob mit oder ohne Grund, das Gericht zur Thätigkeit veranlaßt, ein publizistisches Klagerecht zugeschrieben. Unter ausdrücklicher Ablehnung dieses Standpunktes, nach welchem auch der Böswillige ein Recht gegen den Staat hat, gibt Wach seinen Rechtschutzanspruch nur dem, welcher Recht hat, also je nachdem dem Kläger oder dem Beklagten. Aehnlich wie nun nach der Savignyschen Ansicht der Inhalt der Privatrechte schließlich im Klagerechte aufgeht und wie nach Windscheid das ganze Privatrecht in Ansprüche (Eigenthumsanspruch, Dienstbarkeitsanspruch, Pfandanspruch, Schenkungsanspruch, Darlehnsanspruch, Erbschaftsanspruch, Vermächtnißanspruch u. s. w.) zerfällt, so ist nach Wachs Auffassung das Prozeßrecht ein System von Rechtsschutzansprüchen. So viele Formen des Rechtsschutzes, so viel verschiedene Rechtsschutzansprüche, Feststellungsanspruch, Urtheilsanspruch, Vollstreckungsanspruch, Konkursanspruch, Mahnanspruch, Urkundenanspruch, Klauselanspruch, Beweissicherungsanspruch, Bestätigungsanspruch, Konkursaufnahmeanspruch, Konkurstheilnahmeanspruch[2]) u. s. w.

Es ist an sich vielleicht harmlos, aus der Pflicht des Staates, den Rechtsschutz zu gewähren, ein allgemeines Recht der Betheiligten auf den Rechtsschutz herzuleiten. Aber eine weitere Erklärung und Begründung des Rechtsschutzes, welcher es auch gar nicht bedarf, ist dadurch nicht gewonnen.[3]) Nicht die Annahme eines Rechtsschutzanspruches an und für sich ist das Bedenkliche, sondern der Aufbau

---

[1]) Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht (vergl. namentlich S. 47, 196, 218, 247 f., 257 ff.), welcher den Gegensatz von Verbot und Gebot besonders hervorgehoben und klar zum Ausdrucke gebracht hat, daß bei bloßen Verboten Erfüllung und Erfüllungszwang ausgeschlossen sind, geht nach der anderen Seite zu weit, wenn er als Voraussetzung jedes Anspruches eine Normwidrigkeit hinstellt, jeden Erfüllungs- und Sicherungszwang auf eine objektive Normwidrigkeit zurückführt und das subjektive Recht nur in der Aussicht auf Ansprüche bestehen läßt. — Er verkennt übrigens nicht, daß Unbefriedigtsein des Klägers zum Klageerfolg genügt.

[2]) Oetker, Konkursrechtliche Fragen S. 55, 59, 81.

[3]) Vergl. dazu Zeitschr. S. 427 ff.

Digitized by Google

des Civilprozeßrechtes auf dieser Basis, und die dem Charakter des Civilprozeßrechtes, welches der Aufgabe des Prozesses entsprechend Berechtigte und Unberechtigte zunächst gleich behandeln muß, widersprechende Zerlegung desselben in ein System subjektiver Rechte, welche, obwohl ihre publizistische Natur zugegeben wird, in einer Weise behandelt werden, die der gewohnten Behandlung der subjektiven Privatrechte mindestens sehr ähnlich sieht.

Wachs neueste Schrift[1]) bringt, so verdienstlich und lehrreich sie im Uebrigen ist,[2]) zur Begründung der Ansicht, „daß der Rechtsschutzanspruch der Schlüssel sei, welcher uns das Grenzgebiet zwischen Civilrecht und Prozeß und das System der Rechtsschutzmittel eröffnet, daß in ihm die Brücke vom Privatrechte zum Prozeß sei", keinen neuen wichtigen Gesichtspunkt. Der Hinweis (S. 29) auf die schnöde Rechtsverweigerung, wenn dem Kläger der Rechtsweg verschlossen werde, und Art. 77 der Reichsverfassung ist für Wach selbst sehr gefährlich. Auch der ganz frivole, unberechtigte Kläger kann, wenn man ihm nicht Recht sprechen will, schließlich den Bundesrath mit Erfolg in Bewegung setzen. Ein solcher hat aber nach Wach keinen Rechtsschutzanspruch, also kann die Rechtsverweigerung nicht auf einen solchen gegründet werden und trägt daher auch umgekehrt zur Fundirung desselben nichts bei. Würde man auch da einen Anspruch annehmen, so wäre man wieder bei Degenkolb angelangt, den doch Wach ausdrücklich ablehnt.[3]) Einen Schlüssel für Wachs Auffassung gibt Anm. 44 S. 31: „Wer in der römischen actio solche (publizistische Rechtsschutzansprüche) eingeschlossen findet, steht auf dem Standpunkte ihrer grundsätzlichen Bejahung." Auch Wach steht, freilich in einer anderen Weise wie manche Pandektisten, noch im Banne der römischen actio. Die Aufstellung seines Rechtsschutzsystems für das moderne Recht ist ein, natürlich unbeabsichtigter, Versuch zur Verewigung der doch ins Grab gehörigen Aktionen nach ihrer publizistischen Seite, ein Pendant zu den privatrechtlichen Klagerechten. Mit der Erkenntniß, daß unser Prozeßrecht durchweg auf anderen Prinzipien beruht, als das römische Aktionenrecht, muß auch dieses Rechtsschutzsystem fallen.

---

[1]) Der Feststellungsanspruch, ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch.

[2]) Ich denke z. B. an die Ausführung S. 17 über Urkundenklage und ordentliche Klage, S. 18 gegen den materiellen Arrestanspruch, S. 20 über das Fortschleppen der Aktionen in den Pandektenwerken, und an manche der speziellen Ausführungen über die Feststellungsklage von S. 34 ab.

[3]) Die sich daran schließende Polemik gegen Schuppe scheint mir dessen wirkliche Meinung nicht zu treffen.

Digitized by Google

Für die hier verfolgten Zwecke kommt es aber allein darauf an, festzustellen, daß und wie der Ausdruck „Anspruch" in der Theorie, und zwar von hoch angesehener Seite, auch für prozessualische Dinge gebraucht wird.

Bezüglich der Einführung des Ausdruckes „Anspruch" in die Gesetzessprache stehen wir heute vor der vollendeten Thatsache, daß die C. P. O. von dem Worte den ausgiebigsten Gebrauch gemacht hat.[1]) Anspruch im Sinne der C. P. O. ist nun aber etwas ganz Anderes, als der Anspruch, wie er in den bisherigen Erörterungen hervortrat. Er deckt sich weder mit dem privatrechtlichen Anspruche Windscheids noch mit dem publizistischen Rechtsschutzanspruche Wachs. Von dem ersteren unterscheidet er sich schon durch seinen größeren Umfang. Im Sinne der C. P. O. wird mit jeder Klage ein Anspruch erhoben (§ 230 Abs. 2 Z. 2). Da nun aber, wie allbekannt ist, keineswegs jede Klage auf Befriedigung eines privatrechtlichen Anspruches, auf eine Leistung gerichtet ist, so gibt es Klagen, bei denen nur im Sinne des Prozeßrechtes, nicht aber auch im Sinne des Privatrechtes von Anspruch die Rede sein kann.

Von beiden Ansprüchen, dem Privatrechtsanspruche wie dem Rechtsschutzanspruche, unterscheidet sich aber der Anspruch der C. P. O. dadurch, daß er gar kein subjektives Recht ist, sondern ein für den Prozeß unentbehrliches Ding, bei dem völlig dahingestellt bleibt und bleiben muß, ob eine Berechtigung zu Grunde liegt. Der Prozeß ist die „Rechtsvergewisserungsoperation". Die „Gewißheit" selbst tritt erst ein, wenn der Rechtsstreit zu Ende ist. Während des prozessualischen Vorganges muß es dem Wesen des Prozesses nach in Frage stehen, ob Kläger Recht hat oder nicht.[2]) Wäre der Gegenstand des Prozesses schon während desselben ein Recht, so stände ja das schon fest, was der Prozeß erst ermitteln soll. Die Auffassung des Gegenstandes des Prozesses als eines Rechtes, nicht einer bloßen Rechtsbehauptung, steht daher mit dem Wesen des Prozesses in Widerspruch. Für den Gegenstand des Prozesses in diesem Sinne bedarf nun die Sprache des Prozesses eines Ausdrucks und die C. P. O. hat dafür „Anspruch" gewählt.[3]) Einen Anspruch im Sinne der C. P. O.

[1]) Von der Verwendung des Wortes in anderen Gesetzen kann hier abgesehen werden.

[2]) „Im wirklichen Leben erscheint jedes Klagerecht zunächst nur als einseitige Behauptung, die ebensowohl wahr als falsch sein kann." Savigny, System 5, S. 159. — „Die Klage setzt nur ein potentielles Recht voraus. Sie ist kein Ausfluß eines vorhandenen Anspruches oder eines allgemeinen publizistischen Klagerechtes." Kohler a. a. O. S. 38.

[3]) Vielleicht wäre „Begehren" vorzuziehen gewesen, um jedes Mißverständniß auszuschließen.

Digitized by Google

erhebt also jeder Kläger, auch der ganz unberechtigte und böswillige. Auch für ganz ungerechtfertigte Ansprüche ist das Gericht zuständig, verhandelt über sie, weist sie ab u. s. w. Anspruch im Sinne der C. P. O. ist also nichts Anderes als das Begehren, welches der Kläger thatsächlich erhoben hat ohne jede Rücksicht auf seine wirkliche Rechtfertigung.

Erst nach diesen langen, aber zum Verständniß des Folgenden unentbehrlichen, Erörterungen kann zur Besprechung des B. G. übergegangen werden.

Das B. G. will, wie die Motive sagen,[1]) mit dem römischen Aktionenwesen und seinen Konsequenzen brechen. Dieses Vorhaben ist mit Freuden zu begrüßen. Es ist in mancher Richtung gar sehr zum Vortheil des Entwurfes ausgeführt worden. Klage und Klagerecht im Sinne des Privatrechtes sind im Großen und Ganzen[2]) entfernt,[3]) die actio nata mit ihrem unrömischen Anhange, der Rechtsverletzung, ist ebenfalls verschwunden. Die mit dem römischen Prozesse in Verbindung stehende Unselbständigkeit der Nebenrechte ist aufgegeben. Die Reminiszenzen an die römische Litiskontestation und prozessualische Konsumtion sind ausgemerzt; damit ist auch die römische Lehre beseitigt, daß die Voraussetzungen zur Verurtheilung schon zur Zeit der Litiskontestation vorhanden sein müßten.[4])

Nicht so befriedigend ist dagegen die Ausgestaltung des Anspruchsbegriffes ausgefallen, und dieser Mangel ist deshalb ein so erheblicher, weil in dem B. G. der Anspruch, nach dem Vorbilde Windscheids, das ganze Privatrechtssystem durchzieht.

Eins haben freilich die Motive[5]) klar erkannt und zum Ausdrucke gebracht. Der Anspruch des B. G. fällt auch seinem Umfange nach nicht zusammen mit dem Anspruche der C. P. O. „Nicht unter den Anspruchsbegriff im Sinne des Entwurfes fällt das Recht auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines rechtlichen oder thatsächlichen Verhältnisses durch richterlichen Spruch. — Die C. P. O. steht in letzter Hinsicht auf einem abweichenden Standpunkte."

---

[1]) I S. 357.

[2]) Wo das Wort „Klage" im Entwurfe noch vorkommt, bedeutet es die prozessualische Klage. Vergl. §§ 170, 171, 174, 822, 823, 1253, 1276, 1445, 1446, 1475, 1476, 1477, 1632. Bezüglich mancher dieser Vorschriften ist aber bereits im ersten Abschnitte dieser Arbeit ausgeführt, daß sie der C. P. O. überwiesen bezw. ihrer prozessualischen Fassung entkleidet werden können.

[3]) Hier stehe ich im Gegensatze zu Gierke, S. 870, doch glaube ich, daß die Differenz durch die Uebereinstimmung in der Kritik des „Anspruchs" (S. 868 ff.) mehr wie aufgewogen wird.

[4]) Vergl. Mot. I, S. 307, 359.

[5]) I S. 291.

Digitized by Google

Auch ist insofern ein Fortschritt über Windscheid hinaus gemacht, als die rein sachenrechtlichen Ansprüche erst durch die Vorenthaltung bezw. Beeinträchtigung entstehen.[1])

Aber die Definition des Anspruches, welche das B. G. gibt, ist dennoch unrichtig und unzweckmäßig, und in der Normirung im Einzelnen ist weder diese Definition, noch irgend ein anderer Grundbegriff festgehalten. Die Legaldefinition des Anspruches wird in dem besonderen Abschnitte von der Verjährung gegeben, sie tritt aber mit dem Anspruche der Allgemeingültigkeit auf[2]) und hätte daher auch einen anderen Platz haben müssen. Anspruch ist nach § 154 in Verbindung mit § 206 B. G. „das Recht einer Person, von einem Anderen eine Leistung, d. h. ein Thun oder Unterlassen zu verlangen."

Fast kein einziges Wort in dieser Definition ist einwandsfrei. Das Recht, die Leistung zu verlangen? Verlangen kann Jeder, auch der Unberechtigte. Warum nicht Recht auf die Leistung? Die Reminiszenz an das mit Recht angefochtene „Wollendürfen" Windscheids[3]) ist dann vermieden. Ebenso ist der Zusatz „einer Person" unnöthig. Wem sollte das Recht sonst zustehen? Doch das sind im Wesentlichen sprachliche oder rein theoretische Bedenken. Erheblicher ist schon das Bedenken gegen den Zusatz „eines Anderen". Daß es nicht die eigene Leistung sein kann, versteht sich von selbst. In dieser Hinsicht wäre der Zusatz lediglich überflüssig. Schädlich wäre er aber, wenn er noch etwas Anderes sagen sollte, was er, wenigstens dem Wortlaute nach, in der That sagt, nämlich daß es sich um die Leistung einer bestimmten Person handeln müsse. Die Definition tritt in dieser Hinsicht mit den Normen des B. G. selbst in Widerspruch.

§ 1075 B. G. verordnet: „Die Hypothek begründet für den Gläubiger den Anspruch, daß die Forderung, soweit sie fällig geworden ist, aus dem belasteten Grundstücke und den mithaftenden Gegenständen im Wege der Zwangsverwaltung und der Zwangsversteigerung des Grundstückes beigetrieben werde." Der „Anspruch aus der Grundschuld" (§ 1139) geht nach § 1135 B. G.[4]) dahin, „daß eine bestimmte Person

[1]) Vergl. hinsichtlich des „Eigenthumsanspruches" die §§ 929 und 943 und für den Miteigenthümer § 951. Analoges gilt für Superfizies, Servituten, Reallasten, Faustpfandrechte und Besitz. Vergl. §§ 964, 978, 1017, 1048, 1055, 1155. Wegen des Anspruches des Eigenthümers gegen den Nießbraucher auf Erhaltung der Sache vergl. § 1004.

[2]) So auch die Motive I, S. 291.

[3]) Pandekten I, § 37.

[4]) Vergl. auch § 1141.

Digitized by Google

berechtigt ist, zu verlangen, daß für sie eine bestimmte Geldsumme aus dem Grundstücke im Wege der Zwangsverwaltung und der Zwangsversteigerung beigetrieben werde."[1]) Auch bei dem Faustpfand geht der „Anspruch des Pfandgläubigers" (§ 1160) dahin, „daß eine bestimmte Person berechtigt ist, aus der Sache (Pfand) wegen einer Forderung Befriedigung zu verlangen" (Faustpfandrecht) (§ 1145).[2]) Ja, „vereinigen sich nach der Begründung der Hypothek das Gläubigerrecht und das Eigenthum an dem belasteten Grundstücke in derselben Person, so kann der Eigenthümer bei der Zwangsversteigerung und der Zwangsverwaltung des Grundstückes die Forderung für sich geltend machen" (§ 1076). Ferner: „Erlischt die Forderung dadurch, daß sie und die Verbindlichkeit in der Person des Eigenthümers des belasteten Grundstückes sich vereinigen, so bleibt die Hypothek als Eigenthümerhypothek bestehen" (§ 1097 Abs. 1). „Kraft der Eigenthümerhypothek kann der Berechtigte verlangen, daß für ihn eine dem Betrage der eingetragenen Forderung gleichkommende Geldsumme aus dem belasteten Grundstücke oder den mithaftenden Gegenständen im Wege der Zwangsverwaltung und der Zwangsversteigerung beigetrieben werde" (§ 1098 Abs. 1). Der „Andere" wäre hier also, wenn es einen solchen überhaupt gäbe, der Anspruchsberechtigte selbst. In Wirklichkeit handelt es sich aber bei dem „Pfandanspruche" nicht um eine Forderung gegen einen *Anderen*, sondern um das Recht auf Befriedigung aus der *Sache*. Also entweder ist die Definition des Anspruches unrichtig oder die hier gemachte Subsumtion. Ich möchte mich der ersteren Annahme zuneigen. Denn es besteht ein praktisches Bedürfniß, den Leistungs- und Anspruchsbegriff so zu fassen, daß er die dingliche Forderung mit in sich schließt. Inhalt und Erfüllung stehen bei Letzterer *sachlich* unter gleichen Regeln

---

[1]) Zum Sprachgebrauche des Gesetzes ist auch zu vergleichen § 1664: „Zu einem Rechtsgeschäfte, durch welches ein Anspruch, mit Einschluß von Hypotheken, Grundschulden und Werthpapiere veräußert oder belastet .... wird." Werthpapiere sind gleichzeitig „Ansprüche" und „körperliche Sachen" (§ 770 B. G.). Vergl. dazu *Goldschmidt* S. 22.

[2]) Zu diesem Paragraphen ist ein *krasser* Widerspruch zwischen Gesetz und Motiven zu konstatiren, welcher für die Werthung der Motive als Interpretationsmittel in Betracht kommen dürfte. Die Motive zum B. G. (I S. 315) sagen: „Das Recht des Pfandgläubigers, aus dem in seiner Inhabung befindlichen Pfande Befriedigung zu suchen, ist *kein Anspruch* und unterliegt *demgemäß nicht* der Verjährung." Dadurch hat sich aber das B. G. nicht abhalten lassen, in § 1160 von eben demselben Faustpfande zu verordnen: „Der Eigenthümer des Pfandes kann gegen *den Anspruch des Pfandgläubigers auf Befriedigung aus dem Pfande* u. s. w."

Digitized by Google

wie bei anderen Forderungen. Die prozessualischen Maßnahmen der Leistungsklage und der Zwangsvollstreckung sind auch hier gegeben, und nehmen einen analogen Verlauf wie bei der persönlichen Forderung.

Freilich liegt ein nicht unerheblicher Unterschied, welcher sowohl die privatrechtliche Gestaltung als die prozessualische Feststellung und Verwirklichung beeinflußt, darin, daß es an einem zum Thun Verpflichteten fehlt, und folgeweise auch an einer von einer Person geschuldeten Erfüllung oder Leistung. Der Eigenthümer ist zur Befriedigung nur berechtigt, nicht aber verpflichtet (§ 1080 B. G.). Immerhin dürfte aber das Gemeinsame beider Fälle überwiegen, und die Festhaltung eines gemeinsamen Oberbegriffs rechtfertigen.

Noch erheblicher ist ein letztes Bedenken. Der Anspruch soll, wie nach der Theorie Windscheids, so auch nach dem B. G., nicht nur auf ein Thun, sondern auch auf ein Unterlassen gehen. Auch das Unterlassen ist im Sinne des Gesetzes eine Leistung. Das Bedenken trifft nicht nur den Anspruchsbegriff, sondern zugleich den auch sonst verwendeten Leistungsbegriff. Zunächst verstößt das Subsumiren der Unterlassung unter den Begriff der Leistung gegen den anerkannten guten Sprachgebrauch. Ein Unterlassen, ein Nichtsthun kann sehr wohl Gegenstand einer pflichtmäßigen Gebundenheit, eines Schuldverhältnisses sein, aber nimmermehr kann man das wenn auch pflichtmäßige Nichtsthun eine Leistung nennen. Es handelt sich dabei aber nicht blos um ein Vergehen gegen den Geist der Sprache, sondern zugleich um einen Verstoß gegen die korrekte juristische Systematik. Wie früher ausgeführt ist,[1]) kann es nur bei den Rechten auf ein Thun eine Erfüllung geben. Bei den Rechten auf Unterlassen kann nur die Zuwiderhandlung in Frage kommen.

Am deutlichsten muß dieser Unterschied im Prozeß und bei der Zwangsvollstreckung sich zeigen.

Man unterscheidet Leistungsklagen und bloße Feststellungsklagen, je nachdem eine Verurtheilung zu einer Leistung begehrt wird oder lediglich eine Feststellung, welche nicht auf eine solche Leistung gerichtet ist.[2]) Der Unterschied tritt namentlich bei der Zwangsvollstreckung hervor. Die Verurtheilung zu einer Leistung ist, sofern nicht im Einzelfalle Ausnahmevorschriften eingreifen, des Erfüllungszwanges fähig. Aus einem bloßen Feststellungsurtheile ist eine derartige Zwangsvollstreckung nicht denkbar. Ist der hier vertretene Standpunkt richtig, so ist der Rechtsstreit um ein Unterlassen keine Leistungsklage, so kann aus demselben eine wahre

[1]) S. o. S. 72.

[2]) Unter den so festgesetzten Begriff des Feststellungsprozesses fällt allerdings keineswegs blos die auf § 231 C. P. O. gegründete Feststellung.

Digitized by Google

Zwangsvollstreckung nicht möglich sein. Der äußere Schein spricht allerdings dagegen. Das B. G. will bei der Störung von dinglichen Rechten, insbesondere Besitz, Eigenthum, Superfizies, Servituten, Reallasten und Faustpfandrecht, für den Fall, daß weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind, neben der Verurtheilung zur Wiederaufhebung der Störung die Verurtheilung zur Unterlassung weiterer Beeinträchtigungen ausgesprochen wissen.[1]) Die Motive[2]) sagen, hier wäre ein Anspruch auf Verurtheilung zu einem künftigen Verhalten gewährt, und scheinen das als Ausnahme von dem Satze des § 190 zu betrachten, daß die Verurtheilung zu einer Leistung nur zulässig sei, wenn die Fälligkeit bereits eingetreten ist.[3]) Auch die C. P. O. scheint derselben Auffassung zu sein wie das B. G. Sie hat in den §§ 775, 777 C. P. O. eine „Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Unterlassungen" geordnet.

Zur Klarlegung wird sich hier, wie auch sonst, empfehlen, Rechtsstreit und Zwangsvollstreckung ganz von einander zu sondern.

Die sog. Verurtheilung zu künftigem Unterlassen ist in Wahrheit nichts wie eine bloße Feststellung der Pflicht zum Unterlassen. Eine solche ist auch schon *vor* der Störung denkbar. Der einzige Unterschied ist der, daß *vor* der Störung das Feststellungsinteresse nach § 231 C. P. O. dargethan werden muß, während hier die Besorgniß weiterer Beeinträchtigungen die Voraussetzung bildet. Würde man an § 231 C. P. O.[4]) die Bestimmung anschließen: „Die Feststellung einer Verpflichtung zum Unterlassen bez. Dulden [oder eines Rechtes auf Unterlassen bez. Dulden] ist insbesondere auch dann zulässig, wenn Zuwiderhandlungen erfolgt oder zu besorgen sind", so wäre — von der Zwangsvollstreckung zunächst abgesehen — Alles erreicht, was die angeführten 12 Paragraphen des B. G. erreichen wollen. Ja noch mehr, es wäre auch für die blos obligatorischen Unterlassungsverpflichtungen gesorgt, für welche es jetzt an einer besonderen Vorschrift fehlt. Vor

---

[1]) §§ 820, 943, 945, 964, 978, 1017, 1021, 1038, 1048, 1055, 1155, 1206 B. G.

[2]) I S. 367.

[3]) S. o. § 3 S. 17. — Auch Kohler (a. a. O. S. 11), welcher wie oben angeführt wurde, zugibt, daß bei obligationes non faciendi der Anspruch erst mit der Zuwiderhandlung entstehe, gibt diesem Anspruche zum Inhalte die Ablassung von der Störung auch für die Zukunft. Damit ist der bekämpfte Anspruch auf non facere auf einem Umwege wieder eingesetzt, wenn, wie man annehmen muß, mehr als die positive Aufhebung der gegenwärtigen Störung gemeint ist.

[4]) Ueber den mit diesem Paragraphen vorzunehmenden Platzwechsel s. o. § 3 S. 17.

Digitized by Google

Allem wäre juristisch korrekt verfahren, und die Motive könnten ihren Satz vom Anspruch auf Verurtheilung zu künftigem Verhalten aufgeben. Sie würden dann, wenigstens an dieser Stelle, nicht mit der gesetzlichen Definition von Anspruch in Widerspruch kommen. Denn ein solcher Anspruch auf Verurtheilung zu künftigem Verhalten ist offenbar kein Anspruch im Sinne des § 154 B. G. Er ist überhaupt kein privatrechtlicher Anspruch, sondern würde, wenn er Existenzberechtigung hätte, unter die Rechtsschutzansprüche Wachs fallen.

Wie ist es nun aber mit der Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Unterlassungen? Die C. P. O. kennt vier Mittel: Bestellung von Sicherheit für den durch künftige Zuwiderhandlungen entstehenden Schaden, Androhung einer Strafe für den Fall der Zuwiderhandlung, Verurtheilung zu dieser Strafe, gewaltsame Beseitigung eines Widerstandes gegen die Vornahme einer Handlung des Berechtigten durch den Gerichtsvollzieher.

In allen Fällen handelt es sich offenbar nicht um das Unterlassen, sondern um das Zuwiderhandeln, und zwar bei der Bestrafung und Anwendung von Gewalt um eine Reaktion, bei der Sicherheitsstellung und Strafandrohung um einen vorbeugenden Schutz, bei der letzteren zugleich um die Beschaffung einer Voraussetzung der demnächstigen Reaktion gegen positive Störungen mittels Strafe.

Die Verurtheilung zur Sicherheitsleistung und die durch Urtheil auszusprechende Strafandrohung sind offenbar nicht *Vollstreckungsmaßregeln*. Sie sollten daher in den Rechtsstreit einbezogen werden, etwa dadurch, daß ebenfalls im Anschluß an § 231 C. P. O. bestimmt würde: „Mit der Feststellung der Verpflichtung zu einer Unterlassung oder Duldung kann auf Antrag die Androhung einer Geldstrafe bis zu 1500 Mark oder der Strafe der Haft bis zu 6 Monaten für den Fall einer zukünftigen Zuwiderhandlung verbunden werden. Auch kann der Verpflichtete, wenn eine Zuwiderhandlung bereits stattgefunden hatte, zur Bestellung einer Sicherheit für den durch fernere Zuwiderhandlungen entstehenden Schaden auf bestimmte Zeit verurtheilt werden."

Für § 775 bliebe dann nur der Inhalt: „Die Verurtheilung in die gemäß § x angedrohten Strafen erfolgt durch das Prozeßgericht. Das Maß der Gesammtstrafe darf zwei Jahre Haft nicht übersteigen."

§ 777 könnte dagegen unverändert bleiben.

Man wird sich aber dabei klar zu machen haben, daß in diesen Paragraphen nicht ein, überhaupt nicht denkbarer, Erfüllungszwang bezüglich der Unterlassung, sondern eine Reaktion gegen Zuwiderhandlungen in Frage steht, welche gegenüber der eigentlichen auf Erfüllung gerichteten Zwangsvollstreckung die Erleichterung hat und haben muß, daß die zu beseitigende Zuwiderhandlung nicht *vorher* festgestellt

Digitized by Google

Zwangsvollstreckung nicht möglich sein. Der äußere Schein spricht allerdings dagegen. Das B. G. will bei der Störung von dinglichen Rechten, insbesondere Besitz, Eigenthum, Superfizies, Servituten, Reallasten und Faustpfandrecht, für den Fall, daß weitere Beeinträchtigungen zu besorgen sind, neben der Verurtheilung zur Wiederaufhebung der Störung die Verurtheilung zur Unterlassung weiterer Beeinträchtigungen ausgesprochen wissen.[1]) Die Motive[2]) sagen, hier wäre ein Anspruch auf Verurtheilung zu einem künftigen Verhalten gewährt, und scheinen das als Ausnahme von dem Satze des § 190 zu betrachten, daß die Verurtheilung zu einer Leistung nur zulässig sei, wenn die Fälligkeit bereits eingetreten ist.[3]) Auch die C. P. O. scheint derselben Auffassung zu sein wie das B. G. Sie hat in den §§ 775, 777 C. P. O. eine „Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Unterlassungen" geordnet.

Zur Klarlegung wird sich hier, wie auch sonst, empfehlen, Rechtsstreit und Zwangsvollstreckung ganz von einander zu sondern.

Die sog. Verurtheilung zu künftigem Unterlassen ist in Wahrheit nichts wie eine bloße Feststellung der Pflicht zum Unterlassen. Eine solche ist auch schon vor der Störung denkbar. Der einzige Unterschied ist der, daß vor der Störung das Feststellungsinteresse nach § 231 C. P. O. dargethan werden muß, während hier die Besorgniß weiterer Beeinträchtigungen die Voraussetzung bildet. Würde man an § 231 C. P. O.[4]) die Bestimmung anschließen: „Die Feststellung einer Verpflichtung zum Unterlassen bez. Dulden [oder eines Rechtes auf Unterlassen bez. Dulden] ist insbesondere auch dann zulässig, wenn Zuwiderhandlungen erfolgt oder zu besorgen sind", so wäre — von der Zwangsvollstreckung zunächst abgesehen — Alles erreicht, was die angeführten 12 Paragraphen des B. G. erreichen wollen. Ja noch mehr, es wäre auch für die blos obligatorischen Unterlassungsverpflichtungen gesorgt, für welche es jetzt an einer besonderen Vorschrift fehlt. Vor

---

[1]) §§ 820, 943, 945, 964, 978, 1017, 1021, 1038, 1048, 1055, 1155, 1206 B. G.

[2]) I S. 367.

[3]) S. o. § 3 S. 17. — Auch Kohler (a. a. O. S. 11), welcher wie oben angeführt wurde, zugibt, daß bei obligationes non faciendi der Anspruch erst mit der Zuwiderhandlung entstehe, gibt diesem Anspruche zum Inhalte die Ablassung von der Störung auch für die Zukunft. Damit ist der bekämpfte Anspruch auf non facere auf einem Umwege wieder eingesetzt, wenn, wie man annehmen muß, mehr als die positive Aufhebung der gegenwärtigen Störung gemeint ist.

[4]) Ueber den mit diesem Paragraphen vorzunehmenden Platzwechsel s. o. § 3 S. 17.

Digitized by Google

Allem wäre juristisch korrekt verfahren, und die Motive könnten ihren Satz vom Anspruch auf Verurtheilung zu künftigem Verhalten aufgeben. Sie würden dann, wenigstens an dieser Stelle, nicht mit der gesetzlichen Definition von Anspruch in Widerspruch kommen. Denn ein solcher Anspruch auf Verurtheilung zu künftigem Verhalten ist offenbar kein Anspruch im Sinne des § 154 B. G. Er ist überhaupt kein privatrechtlicher Anspruch, sondern würde, wenn er Existenzberechtigung hätte, unter die Rechtsschutzansprüche Wachs fallen.

Wie ist es nun aber mit der Zwangsvollstreckung zur Erwirkung von Unterlassungen? Die C. P. O. kennt vier Mittel: Bestellung von Sicherheit für den durch künftige Zuwiderhandlungen entstehenden Schaden, Androhung einer Strafe für den Fall der Zuwiderhandlung, Verurtheilung zu dieser Strafe, gewaltsame Beseitigung eines Widerstandes gegen die Vornahme einer Handlung des Berechtigten durch den Gerichtsvollzieher.

In allen Fällen handelt es sich offenbar nicht um das Unterlassen, sondern um das Zuwiderhandeln, und zwar bei der Bestrafung und Anwendung von Gewalt um eine Reaktion, bei der Sicherheitsstellung und Strafandrohung um einen vorbeugenden Schutz, bei der letzteren zugleich um die Beschaffung einer Voraussetzung der demnächstigen Reaktion gegen positive Störungen mittels Strafe.

Die Verurtheilung zur Sicherheitsleistung und die durch Urtheil auszusprechende Strafandrohung sind offenbar nicht *Vollstreckungsmaßregeln*. Sie sollten daher in den Rechtsstreit einbezogen werden, etwa dadurch, daß ebenfalls im Anschluß an § 231 C. P. O. bestimmt würde: „Mit der Feststellung der Verpflichtung zu einer Unterlassung oder Duldung kann auf Antrag die Androhung einer Geldstrafe bis zu 1500 Mark oder der Strafe der Haft bis zu 6 Monaten für den Fall einer zukünftigen Zuwiderhandlung verbunden werden. Auch kann der Verpflichtete, wenn eine Zuwiderhandlung bereits stattgefunden hatte, zur Bestellung einer Sicherheit für den durch fernere Zuwiderhandlungen entstehenden Schaden auf bestimmte Zeit verurtheilt werden."

Für § 775 bliebe dann nur der Inhalt: „Die Verurtheilung in die gemäß § x angedrohten Strafen erfolgt durch das Prozeßgericht. Das Maß der Gesammtstrafe darf zwei Jahre Haft nicht übersteigen."

§ 777 könnte dagegen unverändert bleiben.

Man wird sich aber dabei klar zu machen haben, daß in diesen Paragraphen nicht ein, überhaupt nicht denkbarer, Erfüllungszwang bezüglich der Unterlassung, sondern eine Reaktion gegen Zuwiderhandlungen in Frage steht, welche gegenüber der eigentlichen auf Erfüllung gerichteten Zwangsvollstreckung die Erleichterung hat und haben muß, daß die zu beseitigende Zuwiderhandlung nicht *vorher* festgestellt

Digitized by Google

zu werden braucht. Die Ueberschrift des dritten Abschnittes des achten Buches der C. P. O. müßte statt „zur Erwirkung von Unterlassungen" heißen „zur Beseitigung von Zuwiderhandlungen".

Mit der Beschränkung des Leistungsbegriffes auf positive Leistungen[1]) wird auch der fatale doktrinäre Satz des § 1052 B. G.: „Die Leistungen können bei einer Reallast nicht in einem Unterlassen bestehen", überflüssig.

Wer geneigt bleiben sollte, dem B. G. den inkorrekten Leistungsbegriff zu verzeihen, wird jedenfalls beanspruchen, daß das B. G. seinen Leistungsbegriff wenigstens konsequent festhält.

Aber auch davon ist nicht die Rede und kann nicht die Rede sein. Der ganze Abschnitt über Schuldverhältnisse im Allgemeinen ist nur auf obligationes ad dandum et faciendum zugeschnitten. Man versuche es nur, aus den Bestimmungen desselben über Leistungen eine auf obligationes ad patiendum et omittendum passende Vorschrift herauszuziehen. Einige Beispiele mögen das illustriren. § 210: „Der Gläubiger kann die Zwangsvollstreckung auf eine der mehreren Leistungen richten, der Schuldner jedoch, so lange der Gläubiger die von ihm gewählte Leistung weder ganz noch zum Theile empfangen hat, durch Bewirkung einer der anderen Leistungen sich befreien". Kann man Unterlassungen „bewirken", „empfangen", „die Zwangsvollstreckung darauf richten"? Das „Bewirken" der Leistung kehrt wieder in den §§ 224, 226, welche ganz allgemein von der Verpflichtung zur Leistung handeln. Die ebenfalls ganz allgemeine Bestimmung, daß der Schuldner zur Leistung nicht verpflichtet ist, so lange dieselbe unmöglich ist (§ 237), paßt auch nicht auf Unterlassungen; ebensowenig die Begriffsbestimmung des Verzuges des Gläubigers (§ 245): „Wenn der Schuldner auf die Aufforderung des Gläubigers, die Leistung zu bewirken, nicht leistet u. s. w."; sowie des Verzuges des Schuldners (§ 254): „Der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die ihm von dem Schuldner angebotene Leistung nicht annimmt". Vor Allem aber ist die ganze Lehre von der Erfüllung, an deren Spitze der Satz steht: „Das Schuldverhältniß erlischt, wenn die dem Schuldner obliegende Leistung bewirkt wird", lediglich für positive Leistungen passend.[2])

---

[1]) Zu diesen kann die Befreiung von einer Verbindlichkeit unbedenklich gerechnet werden. Daher sind die Ansprüche auf Befreiung (§§ 677, 684 B. G.) Ansprüche im korrekten Sinne.

[2]) § 1757 B. G.: „Ein Erbe sowie ein Vermächtnißnehmer kann durch letztwillige Verfügung ohne Zuwendung an einen anderen mit der Verpflichtung zu einer Leistung beschwert werden (Auflage)", kann allerdings auch Unterlassungen im Auge haben. Hier ist aber auch der Zusatz „zu einer Leistung" mindestens unnöthig.

Digitized by Google

Die Lehre von der Verjährung bezieht sich äußerem Anscheine nach auf alle Ansprüche im Sinne des B. G., also auch auf Ansprüche, welche eine Verpflichtung zum Unterlassen zum Gegenstande haben. Aber auch hier ist die Anwendung der Verjährungsnormen im Einzelnen auf Unterlassungsansprüche nicht durchführbar. Die Verjährung beginnt nach § 158 mit dem Zeitpunkte, in welchem die Befriedigung des Anspruches rechtlich verlangt werden kann. Wann tritt dieser Zeitpunkt bei Unterlassungsobligationen ein? Niemals, denn von einem Befriedigung verlangen kann bei derartigen „Ansprüchen" überhaupt nicht die Rede sein. Der Anspruch auf Unterlassen als solcher verjährt nach dem B. G., wie es jetzt gefaßt ist, überhaupt nicht, sondern nur der aus der Zuwiderhandlung hervorgehende positive Anspruch.[1]) Damit würde auch § 162 B. G. harmoniren, welcher die Verjährung gehemmt sein läßt, wenn die Beschaffenheit des Anspruches die Rechtsverfolgung nicht gestattet. Aber warum zunächst dem Anspruch gerade bei der Bestimmung des Gegenstandes der Verjährung eine unnatürliche Ausdehnung geben, um dann im Weiteren die durch diese unnatürliche Ausdehnung hinzugekommenen Dinge wieder von der Verjährung auszunehmen? Man wird vielleicht einwenden, daß mit der Verjährung des Anspruches aus der Zuwiderhandlung zugleich das Recht auf Unterlassung verjähren solle. Aber auch dieser Erfolg wird nicht erreicht. Nach § 182 würde blos die Geltendmachung der Ansprüche wegen Zuwiderhandlung dauernd durch Einrede ausgeschlossen sein, ohne daß jedoch das etwa Geleistete zurückgefordert werden kann. Daß zugleich das Recht auf Unterlassen verjährt sei, ist nicht zu folgern. Und wie soll eventuell hier die Bestimmung über den Ausschluß der Rückforderung des Geleisteten Anwendung finden? Kurzum, die ganze Verjährungslehre des B. G. paßt nur auf Leistungsansprüche.

Die bisherigen Ausführungen richteten sich wesentlich gegen den aufgestellten Anspruchsbegriff. Es erübrigt noch, eine Reihe von Fällen aufzuzählen, in denen das B. G. bez. seine Motive das Wort anders als in dem definirten Sinne verwenden.

Zunächst kann es keinem Zweifel unterliegen, daß in den Bestimmungen über den Beweis (§§ 193 ff.) unter Anspruch nicht der Anspruch

---

[1]) Die Motive (I S 307) sagen: „Die Verjährung beginnt mit der den Zustand des Befriedigtseins aufhebenden Zuwiderhandlung". § 158 B. G. sagt aber nichts davon. Auch im Wege der Analogie läßt sich dieser Ausspruch der Motive, sofern er sich auf den Anspruch auf Unterlassen und nicht auf den Anspruch wegen Zuwiderhandlung beziehen soll, aus dem B. G. selbst nicht herleiten.

Digitized by Google

im Sinne des § 154 B. G., sondern der Anspruch im Sinne der C. P. O. zu verstehen ist. Denn die Beweislast soll hier offenbar ganz allgemein, auch für Feststellungsklagen, geregelt werden. Auch in § 189 Abs. 4: „Sind bewegliche Sachen zum Zwecke der Sicherung eines Anspruches weggenommen u. s. w.", wird man an die Wegnahme einer Urkunde zum Zwecke der Sicherung des Vaterschaftsbeweises u. dergl. denken dürfen. Auch in dem Abschnitte von der Rechtskraft gebrauchen wenigstens die Motive das Wort Anspruch in dem weiteren Sinne und treten insoweit mit sich selbst in Widerspruch.[1]) Sie sagen: „Nur soweit über einen erhobenen Anspruch endgültig erkannt ist, kann von materieller Rechtskraft die Rede sein". Wollte man hier Ansprüche im Sinne des § 154 B. G. verstehen, so würden Entscheidungen über Feststellungsklagen überhaupt nicht rechtskräftig. Daß dies auch die Motive nicht wollen, folgt aus dem weiteren Satze: „Es scheiden daher aus: Urtheile, welche eine Klage wegen mangelnder Prozeßvoraussetzungen (C. P. O. § 247) abweisen oder aus sonstigen Gründen (unzulässige Klageforderung u. s. w.) das Eingehen auf die Sache ablehnen". Feststellungsklagen sind hier nicht als ausscheidend angeführt.

Ein fehlerhafter Gebrauch anderer Art findet sich bei der Aufhebung von Gemeinschaften und der Grenzregulirung.

§ 768 B. G.[2]) bestimmt: „Der Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft unterliegt nicht der Verjährung". Dieser Anspruch besteht nun nach § 767 B. G. darin, daß jeder Theilhaber jeder Zeit die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen kann. Hier handelt es sich augenscheinlich nicht um „Leistungen" der anderen Theilhaber, sondern lediglich um die Trennung und Auseinandersetzung. Bei dieser liegt zwar dem Mitberechtigten als solchem ein gewisses Verhalten ob, dasselbe darf aber nimmermehr eine Leistung desselben genannt werden. Nach römischem Rechte war es allerdings eine, freilich sehr eigenartige, actio, mittels deren die Auseinandersetzung durchgeführt wurde. Ein Anspruch, auch im Sinne des B. G., liegt aber nicht vor. Damit wird auch die Bestimmung über den Ausschluß der Verjährung überflüssig. Ganz ähnlich verhält es sich mit den in den §§ 851 bis 853 B. G. aufgeführten Ansprüchen auf die Mitwirkung des Grundstücksnachbars bei Ermittelung der Grenzlinie und zur Errichtung und Wiederherstellung der Grenzzeichen. Nur insoweit es sich um die Kostenerstattung handelt, ist es

[1]) Mot. I S. 376 im Vergleich mit S. 291.

[2]) Die §§ 767, 768 B. G. finden nach § 946 B. G. insbesondere auf Miteigenthum Anwendung, ebenso nach den §§ 2151 bis 2153 auf die Auseinandersetzung der Miterben.

Digitized by Google

ein wahrer Anspruch.[1]) Das Uebrige fällt nicht unter den Begriff, wenngleich römisch die actio finium regundorum Platz griff. Ebenso liegt auch die Sache hinsichtlich des in § 855 B. G. gegebenen „Anspruches" auf Beseitigung des Baumes auf der Grenze. Das Gesetz hat zwar in diesem Falle die Verjährung nicht ausdrücklich ausgeschlossen. Gleichwohl kann von Verjährung eines „Anspruches" nicht die Rede sein.[2])

Bei der familienrechtlichen Trennung, der Ehescheidung, hat das B. G. diesen Fehler vermieden. Von einem „Scheidungsanspruche" ist mit Recht nicht die Rede. Ebenso ist die Anfechtung familienrechtlicher Verhältnisse nicht unter den Gesichtspunkt des Anspruches gebracht.[3])

Dagegen wird bei einem anderen familienrechtlichen Verhältnisse wohl zu Unrecht der Anspruch herangezogen. Die Eltern sollen ihren Kindern die Einwilligung zur Eheschließung nicht ohne wichtige Gründe versagen (§ 1238), das Kind kann sonst die Verurtheilung zur Ertheilung der Einwilligung herbeiführen. Das Gesetz spricht hier von einem „Anspruch auf Ertheilung der Einwilligung". Ich nehme nicht Anstoß an dem Fehlen des vermögensrechtlichen Inhaltes, und will mir daher z. B. den in § 1505 B. G. normirten „Anspruch auf Herausgabe des Kindes" gefallen lassen. Aber in dem hier aufgeführten Falle erscheint es doch bedenklich, die Konsensertheilung der Eltern als eine von diesen dem Kinde geschuldete und durch Erfüllung an dieses zu tilgende Leistung und den richterlichen Ausspruch, daß kein Grund zur Versagung vorliege, als Verurtheilung, nicht als bloße Feststellung, aufzufassen.[4])

Die §§ 381 ff. B. G. sprechen im Allgemeinen ganz korrekt von einem Rechte der Wandelung und der Minderung. Nur in den von der Verjährung handelnden §§ 397, 407, 411 wird von „Ansprüchen auf Wandelung und Minderung" gesprochen. Es ist das nur geschehen, um eine rein äußerliche Uebereinstimmung mit dem allgemeinen Satze der Verjährungslehre, daß nur Ansprüche der Verjährung unterliegen, herbeizuführen. Daß es sich in Wirklichkeit nicht um Ansprüche handelt, ergibt sich am klarsten aus § 397 Abs. 4: „Die Verjährung beginnt mit dem Zeitpunkte, in welchem die Sache dem Erwerber über-

---

[1]) Insoweit fehlt es aber auch an allem Anlaß, die Verjährung auszuschließen.

[2]) Durch die Wendung „Auf Verlangen eines Grundstückseigenthümers haben die Grenznachbarn" u. s. w. würde sich die Schwierigkeit umgehen lassen.

[3]) Vergl. §§ 1440 ff. B. G. und Mot. I S. 294.

[4]) Die Fassung: „Die Eltern haben die Einwilligung zu ertheilen", würde das Bedenken beseitigen.

Digitized by Google

geben ist.[1]) Daß das, was verjähren soll, hier also der „Anspruch", schon zur Zeit des Beginnes der Verjährung, jedenfalls aber zur Zeit der Vollendung derselben, vorhanden gewesen sein muß, wird gewiß allseitig zugegeben werden. Aber von einem Anspruche auf eine Leistung des Gegners ist hier möglicher Weise gar nicht die Rede. Das Recht der Minderung gibt erst dann einen Anspruch auf Schadensersatz, wenn der Kaufpreis gezahlt ist, und der aus dem Rechte der Wandelung hervorgehende Anspruch auf Erstattung des Kaufpreises entsteht, ganz abgesehen von seiner Abhängigkeit von der Rückgabe der Sache, ebenfalls erst dann, wenn der Kaufpreis gezahlt ist. Also würde hinsichtlich dieser Ansprüche die Verjährung nicht nur beginnen, sondern auch sich vollenden können, ehe sie entstanden sind. Man wird darauf mit vollem Rechte entgegnen: Nicht diese Ansprüche verjähren, sondern die in § 383 B. G. dem Erwerber gegebenen Befugnisse auf Rückgängigmachung des Vertrages und Herabsetzung der Gegenleistung, welche von der vorherigen Entrichtung des Erwerbspreises ganz unabhängig sind. Das ist zuzugeben, aber zugleich zu betonen, daß diese Befugnisse zunächst noch keine Ansprüche sind, weil es sich zunächst, namentlich bei Beginn der Verjährung, möglicher Weise auch bei Vollendung derselben, noch nicht um Leistungen des Gegners zu handeln braucht. Es wäre also korrekter gewesen, auch bei der Verjährung von dem Rechte der Wandelung und Minderung zu sprechen. Der wenig elegante und anscheinend mit den allgemeinen Grundsätzen der Anspruchsverjährung in Widerspruch stehende, gleichwohl inhaltlich durchaus gerechtfertigte Zusatz: „dergestalt, daß nach Vollendung der Verjährung die Rechte[2]) von dem Erwerber auch nicht mehr einredeweise geltend gemacht werden können", kann dann fallen; und würde so die häßliche Einredeverjährung aus dem Gesetze verschwinden. Verjährt das Recht im Ganzen, so versteht es sich von selbst, daß auf dasselbe auch eine Einrede im Sinne des Prozeßrechtes, nicht mehr gegründet werden kann. Dagegen wird man freilich das, was man bisher verschleiert hat, offen anerkennen und aussprechen müssen, daß außer Ansprüchen auch noch andere Rechte der Verjährung unterliegen, welche sich nicht unter die Schablone der Anspruchsverjährung bringen lassen.[3])

— —

[1]) Analog § 411 Schlußsatz. Etwas abweichend § 407 Abs. 3: „Die Verjährung beginnt mit Ablauf der Gewährfrist".

[2]) Hier wird mit unbewußt richtigem Gefühl der im Hauptsatze gebrauchte Ausdruck „Anspruch" wieder durch das korrekte Wort ersetzt.

[3]) Aehnliche Bedenken treffen den in § 571 gegebenen „Anspruch auf Beseitigung von Mängeln an bedungenen Werken", soweit es sich um das Recht

Digitized by Google

Die §§ 913 bis 916 sprechen von „Ansprüchen" des Finders, obwohl demselben nach § 915 zunächst nur das Recht zusteht, die Sache bis zu seiner Befriedigung zurückzubehalten. Erst durch die Herausgabe mit Vorbehalt entsteht ein Anspruch gegen den Empfänger. Aehnliches gilt auch hinsichtlich der Verwendungen des Besitzers und des Nießbrauchers nach den §§ 936 bis 940, 1010 B. G.[1])

§ 584 Abs. 4 verordnet, daß der Auslobende auf das Eigenthum an dem in Folge der Auslobung gelieferten Werke keinen Anspruch erlangt. Es soll damit doch gesagt sein, daß er nicht Eigenthümer wird. Ein Anspruch aber geht auf eine Leistung, also möglicherweise zwar auf Eigenthumsübertragung, jedoch nicht auf Eigenthum.[2])

In der Lehre vom Besitze spricht das B. G. selbst ganz konsequent von dem Anspruche auf Wiedereinräumung der Inhabung und Wiederaufhebung der Störung (§§ 819, 820). Dagegen erachten es die Motive zu dem bereits an anderer Stelle besprochenen § 824[3]) für fraglich, ob das Recht auf den früheren, durch die verbotene Eigenmacht angetasteten, Besitzstand als Anspruch (im Sinne des § 154) aufzufassen sei, eine Auffassung, deren Richtigkeit besonders dann zweifelhaft werde, wenn bei der Besitzstörung eine körperlich fortdauernde Störung nicht vorliege, und nur Herstellung der früheren Rechtssicherheit durch Verurtheilung des Störers zur Unterlassung weiterer Störung verlangt werden könne. Ferner würde sich fragen, ob mit der Besitzklage ein vermögensrechtlicher Anspruch geltend gemacht werde.

In diesen Ausführungen ist Wahres mit Falschem gemischt. Soweit es sich um die sog. Verurtheilung zur Unterlassung weiterer Störung handelt, liegt freilich, wie oben ausgeführt wurde,[4]) kein Anspruch vor. Die Motive haben hier, freilich mit der gesetzlichen Definition des B. G. in Widerspruch tretend, das Richtige erkannt. Dagegen sind die Forderungen

---

auf Minderung der noch nicht gemachten Gegenleistung handelt. Dagegen handelt es sich im § 444, der auf § 397 Bezug nimmt, lediglich um einen von vornherein vorhandenen Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache. Deshalb kann hier auch von Verjährung der „einredeweisen Geltendmachung" nicht die Rede sein.

[1]) Auch hier läßt sich der Ausdruck „Anspruch" leicht vermeiden.

[2]) Korrekt ist die gleiche Wendung in den §§ 575, 577, 583, 584, 623, 723, 729. — Die in verschiedenen Bedeutungen im Gesetze vorkommende Wendung „in Anspruch nehmen" (vergl. einerseits §§ 364, 427, 955, andererseits § 1632 und wieder ganz anders § 562) darf bei der Feststellung des technischen Gebrauches des Wortes Anspruch außer Betracht bleiben.

[3]) III S. 132.

[4]) S. o. S. 79 ff.

Digitized by Google

auf Wiedereinräumung der Inhabung und Wiederaufhebung der Störung unzweifelhafte vermögensrechtliche Ansprüche und hätte dies, wie von dem B. G. selbst, so auch von den Motiven nicht verkannt werden sollen.[1])

Was wir nach dem Bisherigen fordern dürfen, das ist die Richtigstellung des Anspruchs*begriffes*, seine Beschränkung auf die relativen Rechte mit positivem Leistungsinhalt und die Entfernung der verkehrten *Subsumtionen*. Wir werden aber noch weiter gehen und die Wahl einer anderen *Bezeichnung* als dringend nothwendig empfehlen müssen. Der durchschlagende Grund gegen die Wahl dieses Ausdruckes liegt für mich nicht in der, hier nur zum kleinsten Theile dargelegten, Verschiedenheit der Anschauungen der Theoretiker, sondern darin, daß die C. P. O. den Ausdruck in einem anderen Sinne verwendet, als ihn das B. G. gebraucht bezw. gebrauchen darf, und daß dabei das B. G., wie gezeigt wurde, in den Fehler verfallen ist, bisweilen das Wort Anspruch im Sinne der C. P. O. zu gebrauchen. Es muß das zu heilloser Verwirrung führen. Nicht nur die Kommentare haben stets sorgfältig anzumerken: „Hier ist das Wort im Sinne der C. P. O., hier im Sinne des B. G. gebraucht"; es muß auch in der wissenschaftlichen wie praktischen Diskussion stets dem Worte ein solcher Zusatz gegeben werden, wenn Unklarheiten vermieden werden sollen. Unter diesen Umständen fehlt dem Ausdrucke die erste Anforderung, welche man an einen gesetzgeberischen Kunstausdruck zu stellen hat, die Unzweideutigkeit.

Dazu kommt, daß die juristische Bedeutung des Wortes „Anspruch" im Sinne der C. P. O. besser mit dem allgemeinen Sprachgebrauche harmonirt. So sagt das deutsche Wörterbuch der Gebr. Grimm zu dem Worte Anspruch, nachdem zuvor der seltenere Gebrauch für Anrede und das waidmännische Ansprechen der Thiere erwähnt ist: „Gewöhnlich aber bedeutet es *die mit oder ohne Grund erhobene Behauptung eines Rechtes* oder Vorzuges." Dafür werden zahlreiche Belege gegeben. Weitere Bedeutungen sind nicht aufgeführt. Sanders, Wörterbuch der deutschen Sprache, kennt nur die beiden Bedeutungen: „Das vor Gericht fordern (zur Rede stellen, tadeln)" und „eine Forderung, die man auf etwas geltend zu machen berechtigt ist oder zu sein vorgiebt". Das wirkliche Berechtigtsein, welches sowohl Windscheid wie Wach in den Ausdruck hineinlegen, ist nach dem allgemeinen Sprachgebrauch nicht nur nicht in dem Begriffe enthalten, sondern es liegt im Gegentheile in demselben, daß die Frage der Berechtigung in suspenso bleibt.

---

[1]) Leider klingt in der Besitzlehre des B. G. im Uebrigen der Satz, daß Besitz nur eine Thatsache sei, an den sich, wie Bähr (S. 481) so treffend sagt, eine Unsumme juristischen Unverstandes angeknüpft hat, bedenklich durch.

Digitized by Google

Den Ersatz für den Ausdruck „Anspruch" glaube ich in der Bezeichnung „Forderung" finden zu sollen.[1]) Das Wort wird in dem B. G. verhältnißmäßig selten gebraucht. Es ist offenbar durch sein Quasisynonymum Anspruch in den Hintergrund gedrängt.[2]) Anspruch und Forderung im Sinne des B. G. stimmen darin überein, daß sie auf Leistung gehen. Die Unklarheit, welche dadurch entsteht, daß der Entwurf unter die Leistung auch die Unterlassung begreift, macht sich auch hier fühlbar und wär hier wie dort zu beseitigen. So sagt z. B. § 1028: „Ist eine Forderung Gegenstand des Nießbrauches, so ist der Nießbraucher berechtigt, die Forderung einzuziehen, und verpflichtet, für die ordnungsmäßige Einziehung zu sorgen. In anderer Art über die Forderung zu verfügen, ist der Nießbraucher nicht berechtigt." Dann erstreckt sich der Nießbrauch auf Forderungen, welche auf ein Unterlassen gehen, überhaupt nicht. Denn der Einziehung im Sinne der §§ 1028 ff. sind diese nicht fähig. Jede andere Verfügung wird aber durch § 1028 ausgeschlossen.

Soweit das Gebiet des Obligationenrechtes in Betracht kommt, ist überhaupt kein Unterschied zwischen Anspruch und Forderung zu konstatiren. Statt des „auf einem Schuldverhältnisse beruhenden Anspruches" (§ 154) kann überall ohne Weiteres auch die Bezeichnung Forderung eingesetzt werden.[3]) So nennt § 1093 eben dasselbe Forderung, was

---

[1]) Vergl. pr. P. S. 696. — Uebereinstimmend Hölder S. 141.

[2]) Am häufigsten wird das Wort für die durch Pfandrecht gesicherte persönliche Forderung gebraucht. Vergl. §§ 1093, 1097. 1098, 1100, 1101, 1103, 1104, 1112, 1113, 1114, 1121, 1122.

[3]) So für den Darlehensanspruch und den Rückerstattungsanspruch in den §§ 453 und 458. Ebenso in den §§ 497, 506, 514, 553, 575, 677, 706, 719, 720, 722, 723, 724, 727, 728, 729, 732, 746, 754 („Der im § 753 bezeichnete Anspruch steht dem Geschäftsführer nicht zu, wenn dieser ohne den Willen gehandelt hat, den Anspruch zu erlangen"!), 755, 756, 758, 909, 922 1002, 1059. — Auch den „Unterhaltsanspruch" (z. B. §§ 1481 ff.), den „Pflichttheilsanspruch" (§§ 1355 ff.) und den „Vermächtnißanspruch" (§ 1865) faßt das B. G. lediglich als persönliche Forderungen auf. Dagegen ist der „Erbschaftsanspruch" (§ 2080) dem Eigenthumsanspruch nachgebildet, ebenso wie nach römischem Rechte die hereditatis petitio dem Formular der rei vindicatio folgte. Bei der Bestimmung dieses Anspruches ist aber dem B. G. ein merkwürdiges Versehen passirt. Nach dem römischen Formular geht die vindicatio auf die hereditas, wobei bemerkt werden muß, daß die hereditas petitio zugleich die Funktion der Feststellung des Erbrechtes hat, für welche heute der Weg der Feststellungsklage gegeben ist. Windscheid (§§ 611, 612) sagt deshalb, der Anspruch sei auf Herausgabe der Erbschaft

Digitized by Google

§ 183 Anspruch nennt. Auch als Angriffsobjekt der später zu erwähnenden „Einrede" figurirt bald die Forderung, bald der Anspruch.[1])

Der Unterschied soll anscheinend (darauf deutet § 154 hin) darin liegen, daß Ansprüche nicht nur auf einem obligatorischen Verhältnisse, sondern auch auf einem anderen Rechtsgrunde, insbesondere einem familienrechtlichen Verhältnisse, beruhen können. Daß Forderungen nur auf obligatorischer Grundlage beruhen können, ist zwar nirgends gesagt; aber der Sprachgebrauch des B. G. dürfte im Allgemeinen von dieser Voraussetzung ausgehen. Freilich ist dann sofort einzuwenden, daß diese Beschränkung des Forderungsbegriffes nicht rein durchgeführt ist.

Denn es dürfte zunächst anzunehmen sein, daß die über den Nießbrauch und das Pfandrecht an Forderungen gegebenen Vorschriften (§§ 1028 ff., 1217 B. G.) auch dann Anwendung finden müssen, wenn eine auf sachenrechtlicher Grundlage beruhende Forderung, z. B. die Rückgabeforderung des Eigenthümers („Eigenthumsanspruch", rei vindicatio) Gegenstand des Nießbrauches oder des Pfandrechtes ist. Nicht minder werden die in § 1067 Z. 4 G. B. erwähnten „Forderungen wegen wiederkehrender Leistungen aus einem mit dem Eigenthume an dem Grundstücke verbundenen Rechte" regelmäßig auf sachenrechtlicher Grundlage beruhen.

Also entweder besteht zwischen Anspruch und Forderung im Sinne des B. G. gar kein Unterschied, oder es besteht lediglich eine Einschränkung des Forderungsbegriffes bezüglich des Rechtsgrundes. Daß dieser letztere Unterschied, wie gezeigt, nicht rein durchgeführt ist, ist an sich kein besonders schwerwiegender Vorwurf. Es besteht aber auch kein Bedürfniß, für diesen eingeschränkten Begriff eine besondere Bezeichnung mit einem Worte zu haben.[2]) Die obligatorischen und sachenrechtlichen Verhältnisse

---

gerichtet. Doch fügt er demnächst besonders hinzu, daß nur die Herausgabe dessen, was der Gegner als Erbschaft besitze, gefordert werden könne. Das B. G. sagt dagegen: „Der Erbe hat gegen denjenigen, welcher einen Erbschaftsgegenstand vorenthält, den Anspruch auf Herausgabe der Erbschaft". Freilich wird die Konsequenz dieses Satzes, nach welchem der Inhaber eines alten Tuches im Werthe von zwei Mark (ein praktisch vorgekommener Fall) die ganze Erbschaft herbeischaffen müßte, durch § 2083 wieder aufgehoben. Aber warum wird denn der Satz, für den lediglich doktrinäre, aber unzutreffende Gründe geltend gemacht werden können, erst aufgestellt?

[1]) Vergl. § 182 mit § 1093.

[2]) Die Einschränkung hat die besondere üble Folge gehabt, daß gelegentlich Forderung und Schuldverhältniß mit einander verwechselt werden. § 664 B. G. sagt zu Anfang: „Durch Spiel und Wette wird ein Schuldverhältniß nicht begründet". Der folgende Satz gibt aber einen theilweisen Widerruf: „Das

Digitized by Google

müssen allerdings auseinandergehalten werden. Dafür ist aber ohnehin gesorgt.

Ferner ist bei dem Pfandrechte das dringende Bedürfniß vorhanden, die dingliche Pfandforderung, das Recht, sich aus der Sache zu befriedigen, von der möglicher Weise vorhandenen, durch Pfandrecht gesicherten Forderung scharf zu unterscheiden.[1]) Aber dazu ist der Gegensatz von Anspruch und Forderung, wie ihn das B. G. in diesem Kapitel verwendet,[2]) weder nöthig noch auch nur besonders geeignet. Denn der Forderungsbegriff schließt den dinglichen Anspruch nicht nothwendig aus, und, was schwerer wiegt, der Anspruchsbegriff umfaßt auch die persönlichen Forderungen.

Es würde sich daher mehr empfehlen, hier den Inhalt des Pfandrechtes als dingliche Forderung, Pfandforderung, bez. Hypothek, die durch dasselbe etwa gesicherte, regelmäßig persönliche, Forderung aber persönliche Forderung, Schuldforderung zu nennen. Es würde damit zugleich das B. G. in diesem Abschnitte an sachlicher Klarheit gewinnen. Die Motive[3]) bringen es erfreulicher Weise ganz unzweideutig zum Ausdruck, daß der aus der Natur der Sache folgende Satz des § 291 B. G.: „das Schuldverhältniß erlischt, wenn Forderung und Verbindlichkeit in derselben Person sich vereinigen", hinsichtlich der persönlichen Forderung auch dann zur Anwendung kommt, wenn dieselbe mit einer Pfandforderung verbunden bez. durch eine solche gesichert ist. Die „Eigenthümerhypothek" ist also eine selbständige, von der Beziehung zu einer persönlichen Forderung losgelöste Pfandforderung, mit welcher, wie § 1100 sagt, auch durch die Uebertragung eine neue Forderung [soll heißen persönliche Forderung] nicht verbunden wird. Sie ist, sobald die Selbständigkeit des Pfandrechtes anerkannt wird, keine Ausnahme, sondern die folgerechte Konsequenz des in § 835 aufgestellten richtigen allgemeinen Grundsatzes. Man hat überhaupt für alle Fälle des Pfandrechtes konstruktiv festzuhalten: Was aus dem Grundstücke beigetrieben wird, ist auch in den Fällen, in denen mit

---

auf Grund des Spieles oder der Wette Geleistete kann jedoch nicht deshalb zurückgefordert werden, weil ein Schuldverhältniß nicht bestanden hat." Es sollte heißen: Aus Spiel und Wette entstehen keine Forderungen. Das auf Grund des Spieles oder der Wette Geleistete kann aber nicht wegen Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses zurückgefordert werden. — Auch § 1227 lautete vielleicht besser: „Die Verlobten können die Eheschließung nicht fordern". Oder noch besser beläßt man es vielleicht bei dem in der C. P. O. verordneten Ausschluß der Zwangsvollstreckung.

[1]) Krech u. Fischer, Zw. O. S. 126. — Vergl. zum Folgenden Bähr S. 518 ff.

[2]) Vergl. die §§ 1062, 1075 bis 1101.

[3]) III S. 733.

Digitized by Google

dem Pfandrechte eine persönliche Forderung verbunden ist, die dingliche Forderung. Durch die Befriedigung dieser geht freilich die damit gewissermaßen korrealiter verbundene persönliche Forderung unter. An und für sich ist aber die persönliche Forderung nur gegen die Person gerichtet. Sie beruht als solche lediglich auf der persönlichen Leistungspflicht.

Bei deutlicher Unterscheidung von persönlicher und dinglicher Forderung in dem Sprachgebrauche des Gesetzes würde dieses Verhältniß viel klarer in die Erscheinung treten.

Es würde gleichzeitig eine damit in Verbindung stehende wichtige Wahrheit eindringlicher an uns herantreten. Das Gesetz unterscheidet drei Arten von Hypotheken: Hypothek ohne Hypothekenbrief, Briefhypothek, Sicherungshypothek. Dazu kommt dann die Grundschuld. Während aber jene drei Arten der Hypotheken zu einem Titel vereinigt sind, folgt die Grundschuld in einem besonderen Titel vor dem Faustpfand und der ganze Abschnitt hat die Ueberschrift „Pfandrecht und Grundschuld" erhalten, da man, übrigens nicht ohne Vorgänger darin zu haben, Anstand nahm, die Grundschuld unter das Pfandrecht zu bringen. Diese Art der Eintheilung ist verfehlt. Der maßgebende Unterscheidungsgrund ist das Verhältniß des Pfandrechtes oder Werthrechtes zu der etwa zu Grunde liegenden persönlichen Forderung.[1]) Während bei der Grundschuld eine Beziehung zur persönlichen Forderung fehlen kann, jedenfalls nicht zum Ausdrucke gebracht wird, hat der Bestand der Sicherungshypothek das fordauernde Bestehen einer persönlichen Forderung zur nothwendigen Voraussetzung.[2]) Diese beiden Arten des Pfandrechtes bilden also die schärfsten Gegensätze. Die gewöhnliche Hypothek ist dagegen ein Zwitterding. In ihrer Entstehung zunächst, aber doch auch nicht absolut, von dem Vorhandensein einer persönlichen Forderung abhängig, kann sie, sobald sie in die Hand eines Dritten gelangt ist, unter gewissen Voraussetzungen, und wenn sie in die Hand des Eigenthümers kommt, ohne Weiteres fortbestehen, obgleich die persönliche Forderung untergegangen oder nicht entstanden ist.

Daraus folgt ohne Weiteres, daß die gewöhnliche Hypothek der Grundschuld näher verwandt ist als der Sicherungshypothek. Wenn man daher kein Bedenken trug, das Wort Pfandrecht auf die Eigenthümerhypothek anzuwenden, so brauchte man auch die Grundschuld nicht

---

[1]) Vergl. pr. P. S. 241 ff.

[2]) Die praktisch durchaus gerechtfertigte Ausnahme für den Fall, daß die persönliche Forderung verjährt ist (§ 183 B. G.), und die in den §§ 1134, 1144 B. G. gestattete Umwandelung der Sicherungshypothek in eine Grundschuld schwächen freilich auch diesen Unterschied ab.

Digitized by Google

besonders hervorzuheben. Und wenn man den 10 der Sicherungshypothek gewidmeten Paragraphen einen besonderen Titel versagte, so mußte auch für die 10 Paragraphen über die Grundschuld davon abgesehen werden.

Dann wäre Gelegenheit gegeben, zu Anfang des Titels ganz im Allgemeinen etwa zu bestimmen:[1]) „Ein Grundstück kann dadurch belastet werden, daß für eine bestimmte Person eine (dingliche) Forderung auf Befriedigung aus dem Grundstücke eingetragen wird (Immobiliarpfandrecht).

Bei der Eintragung kann auf eine persönliche Forderung Bezug genommen werden (Hypothek) oder es kann eine solche Bezugnahme unterbleiben (Grundschuld).

Die Hypothek kann mit der Bezeichnung Sicherungshypothek oder ohne diese Bezeichnung eingetragen werden.

Ueber die Grundschuld muß ein Grundschuldbrief ertheilt werden.

Ueber Hypotheken mit Ausschluß der Sicherungshypotheken wird ein Hypothekenbrief ertheilt, wenn dieses durch Vertrag zwischen dem Grundstückseigenthümer und dem Pfandgläubiger bestimmt wird (Briefhypothek)."

Es würde dann im Weiteren möglich sein, den wesentlichen Inhalt der §§ 1063 bis 1075, 1077, 1078, 1080, 1081, 1082, 1091, 1096, 1102, 1103 bis 1105[2]) als allgemeine Vorschriften zu geben, dabei jede Erwähnung der etwa zu Grunde liegenden persönlichen Forderung zu vermeiden, und nur von der Pfandforderung zu sprechen. In dem Reste des Abschnittes wäre dann bei jeder der vier Arten des Pfandrechtes das Verhältniß zur persönlichen Forderung auch im Ausdrucke völlig klar zu stellen. Die das Gesetzbuch ungenießbar machenden und seine praktische Handhabung beeinträchtigenden Wendungen im § 1108: „Die Vorschriften, welche für die Hypothek ohne Hypothekenbrief gelten, finden auch auf die Briefhypothek Anwendung, soweit nicht in den §§ 1109 bis 1124 ein Anderes bestimmt ist"; in den §§ 1125, 1128: „Eine Hypothek kann auch in der Weise begründet werden, daß die Anwendung der Vorschriften der §§ 1083, 1089 ausgeschlossen ist. Auf die Sicherungshypothek finden im Uebrigen die für die Hypothek geltenden Vorschriften Anwendung, soweit nicht in den §§ 1126 bis 1134 ein Anderes bestimmt ist. Auf die Sicherungshypothek finden die Vorschriften der §§ 1079, 1085, 1097, sowie der §§ 1094, 1095, soweit die letzteren den Fall betreffen, in welchem der Eigenthümer zugleich der persönliche Schuldner ist, keine Anwendung", und im § 1136: „Auf die Grundschuld finden die Vorschriften über die Briefhypothek entsprechende Anwendung,

[1]) Von Ausstellungen, die nach anderen Richtungen möglich sind, wird hier abgesehen.

[2]) Soweit sie nicht der C. P. O. zu überweisen sind, s. o. § 5 S. 45 ff.

Digitized by Google

soweit nicht aus dem Umstande, daß die Grundschuld nicht von einer Forderung abhängig ist, und aus den §§ 1137 bis 1144 ein Anderes sich ergibt", würden dann ganz von selbst in Wegfall kommen.[1])

Auch wo sonst das B. G. den Ausdruck „Anspruch" im korrekten privatrechtlichen Sinne gebraucht hat, steht nichts im Wege, demselben den Ausdruck Forderung zu substituiren.

Ich habe in dieser Beziehung den Entwurf in allen einzelnen Bestimmungen durchgeprüft. Bei dem rein negativen Ergebnisse interessirt eine nähere Mittheilung darüber nicht.

Für die Fälle, in welchen nach den bisherigen Ausführungen der Ausdruck Anspruch nur in Folge falscher Subsumtion gebraucht ist, darf die Bezeichnung Forderung freilich nicht substituirt werden. Aber auch hier ist die Bezeichnung „Anspruch" zu entfernen. Sie ist, soweit die betreffenden Bestimmungen überhaupt in dem B. G. zu verbleiben haben, in der bei Besprechung dieser Bestimmungen angedeuteten Weise leicht zu umgehen bez. zu ersetzen.

2. Einrede oder Gegenrecht?

§ 9.

Bezüglich der Fortdauer der römischen exceptio in unserem modernen Privatrechte liegt die Sache in manchen Beziehungen ähnlich wie bei der actio. Indessen ergeben sich im Einzelnen Unterschiede.

Savigny[2]) lehrt, daß es für den Beklagten im Prozesse, abgesehen von dem bloßen Bestreiten der klägerischen Behauptungen, zwei Arten der Vertheidigung gebe, nämlich die Bestreitung durch ein entgegenstehendes Recht (Beispiele: exceptio aus einem jus in re, exceptio dominii gegen actio publiciana, exceptio rei iudicatae) und die relative Verneinung, d. h. Bejahung des thatsächlichen Klagegrundes unter Bestreitung des klägerischen Rechtes, das als nicht vorhanden angegeben werde (Beispiele: Zahlung, Veräußerung des der Klage zu Grunde liegenden Eigenthumes). Die zweite Klasse stehe nach römischer Auffassung der bloßen Klagbestreitung am nächsten, die erste Klasse ent-

[1]) Auch § 183 Abs. 1: „Die Verjährung eines durch Pfandrecht gesicherten Anspruches hindert den Berechtigten nicht, seine Befriedigung aus dem Pfande zu verlangen", würde dann klarer und deutlicher lauten: „Der Untergang der persönlichen Forderung durch Verjährung hat auf den Bestand der Pfandforderung keinen Einfluß". — Daß hinsichtlich der Hemmung und Unterbrechung der Verjährung die persönliche und die dingliche Forderung ganz unabhängig von einander sind, betonen auch die Motive (I S. 322).

[2]) System des heut. römischen Rechtes, Bd. 6 S. 153 ff., 189.

Digitized by Google

spreche im Großen und Ganzen der römischen exceptio, welche auch Vertheidigung des Beklagten, auf selbständige Rechte gegründet, gewesen sei. Die Fortdauer der exceptio über den Formularprozeß erkläre sich daraus, daß in der Fassung der Formeln das unverändert gebliebene innere Wesen der Rechtsverhältnisse ausgedrückt gewesen sei. Der Sprachgebrauch des jüngsten Reichsabschiedes, welcher unter exceptiones alle möglichen Vertheidigungsmittel der Beklagten versteht, und die Rücksicht auf die Beweislastvertheilung gibt dann die Veranlassung, für die Einrede im Sinne des Prozeßrechtes im Gegensatze zu der materiellen einen zweiten freieren Sinn anzunehmen.

Windscheid[1]) ist hinsichtlich der Einrede im Wesentlichen auf dem Standpunkte Savignys verblieben. Er unterscheidet Einrede im materiellen und prozessualischen Sinne. Letztere umfaßt alle selbständigen Behauptungen des Beklagten. Erstere beschränkt sich auf Umstände, welche Entstehung und Fortbestand des „Anspruchs" unangetastet lassen, aber dennoch bewirken, daß der Verpflichtete den Anspruch abweisen, sich seiner Durchführung widersetzen kann, so daß der Anspruch bleibend oder vorübergehend, vollständig oder theilweise gehemmt ist. Diese Einrede soll im Wesentlichen mit der römischen exceptio zusammenfallen.

Eine stattliche Reihe von angesehenen Schriftstellern, u. a. Albrecht, Bekker, Brinz, Eisele, Krüger, Lenel, Leonhard, Schloßmann, Schultze, Sohm, Thon, v. Völderndorff, Zimmermann, haben mit den einleuchtendsten Gründen dargethan, daß die römische exceptio für das heutige gemeine Recht keine Bedeutung mehr habe, sondern der Geschichte angehöre. Eine ernstliche Abwehr dieses Angriffes ist kaum versucht. Aber die meisten Pandektenlehrbücher halten die exceptio mit Zähigkeit fest und sichern ihr den Einfluß auf die Praxis. Sie haben es auch verschuldet, daß das B. G. uns die exceptio als eine Institution von vermeintlich bleibendem Werthe erhalten will.

Der römische Begriff der exceptio[2]) ist zunächst ein prozessualischer, er bekommt aber in Folge des geschilderten besonderen Zusammenhanges von Privatrecht und Prozeß im römischen Rechte auch einen privatrechtlichen Beigeschmack.

Wenn der römische iudex durch die Formel si paret ..., condemna, s. n. p. a. angewiesen ist, für den Fall der Richtigkeit der klägerischen intentio zu kondemniren, sonst aber zu absolviren, so ist ihm damit im Allgemeinen auch die Befugniß gegeben, Alles, was nach dem Ergebniß der vor ihm geführten Verhandlung, also regelmäßig nach

[1]) Pandekten I § 47.
[2]) pr. P. S. 41 ff.

Digitized by Google

dem Vorbringen des Beklagten, dem klägerischen Begehren entgegensteht, zu berücksichtigen und daraufhin die absolutio auszusprechen.

Gewisse privatrechtliche Hindernisse darf er aber nur dann berücksichtigen, wenn er durch exceptio, welche in die Formel als negative Kondemnationsbedingung oder als Ausnahme von dem bedingten Kondemnationsbefehl eingeschaltet wird, darauf hingewiesen ist. Es ist dann natürlich Sache des Beklagten, schon in der Verhandlung in iure die Einschaltung zu erwirken. Sonst ist er insoweit präkludirt.

Damit ist aber nicht gesagt, daß dem Prätor selbst die Berücksichtigung der exceptio versagt gewesen wäre. Wenn nach den Ergebnissen der Verhandlung in iure, bei der bekanntlich nicht immer eine eingehende Kognition stattfand, sich herausstellte, daß das iudicium zur Absolution führen müsse, konnte der Prätor sofort zur denegatio actionis schreiten. Davon, daß er dabei an bestimmte theoretische Schranken gebunden gewesen wäre, daß er nur im Falle des Mangels der prozessualischen Voraussetzungen oder des Klaggrundes habe denegiren dürfen, wissen wir nichts. Im Gegentheil spricht Alles dafür, daß er auch wegen sofort liquider Einwendungen dazu befugt war. Und das wird man namentlich auch für den Fall anzunehmen haben, daß es sich um Einwendungen handelte, welche in iudicio nur ope exceptionis berücksichtigt werden durften. Die Fassung z. B. des S. C. Macedonianum und des S. Vellejanum: ne actio petitioque daretur (D. 14, 6.) bez. ne eo nomine ab his petitio neve in eas actio detur (fr. 2 § 1 D. 16, 1.) dürfte dies für die exceptiones S. C. Mac. und S. C. Vellej. unzweifelhaft ergeben. Wie hätte der Prätor, wenn er überhaupt Einwendungen in Betracht zog, es sich versagen sollen, gerade die auf tuitio praetoria beruhenden Erlöschungsgründe von seiner Kognition auszuschließen?[1])

Auf der Nothwendigkeit der Einschaltung der exceptio für das iudicium beruht der Gegensatz von officium iudicis (ipso iure) und tuitio praetoria (ope exceptionis). Zwischen den privatrechtlichen Erlöschungs- und Hemmungsgründen der einen und der anderen Klasse einen grundsätzlichen *inneren* oder materiellen Unterschied zu entdecken, ist aber nicht gelungen. Es muß vielmehr jetzt als feststehend betrachtet werden, daß ein solcher *nicht* vorhanden ist. Der Erlaßvertrag wirkt ipso jure, wenn er acceptilatio ist, ope exceptionis, wenn er als pactum de non petendo erscheint, und bezüglich des pactum de non petendo in continenti adjectum streiten die römischen Juristen, ob es ipso iure oder ope exceptionis wirkt. Die res in iudicium deducta und res iudicata werden je nach der Verschiedenheit des iudicium schon

[1]) Vergl. unten § 10 S. 123.

Digitized by Google

ipso iure oder nur ope exceptionis berücksichtigt.[1]) Der dolus wird bald nur auf Grund der exceptio doli, bald auch ohne eine solche in Betracht gezogen. Die exceptio doli generalis entspricht keinem bestimmten Erlöschungsgrunde, sondern sie bildet ein Mittel zur Ermöglichung einer freieren Kognition in Bezug auf Erlöschungsgründe und Hemmnisse überhaupt. In gewissen Arten des iudicium werden dieselben aber auch ohne exceptio doli berücksichtigt. In den Gesetzen wird das ne actio, petitio detur, wie erwähnt, auch in solchen Fällen gebraucht, in denen prozessualisch exceptio erforderlich ist. An diesen Thatsachen muß jede Forschung nach *inneren* Merkmalen der exceptio nothwendig scheitern.

Es kann sich also nur um historische, äußere, zufällige Verschiedenheiten der in Betracht kommenden Fälle handeln. In dieser Beziehung läßt es sich allerdings nicht halten, alle *materiell* auf prätorischem Rechte beruhenden Absolutionsgründe der exceptio zuzuweisen und alle aus dem Civilrechte stammenden dem officium iudicis. Insbesondere ist die letztere Annahme durch die auf älterem wie neuerem Civilrechte beruhenden Exceptionen (exceptio iusti dominii, rei in iudicium deductae, rei iudicatae, legis Plaetoriae, legis Cinciae, Senatusconsulti Vellejani, Macedoniani) ausgeschlossen.[2])

Zu beachten bleibt dabei indeß, daß die auf *älterem* Civilrechte beruhenden Erlöschungsgründe nur in besonderen, durch die prätorische Fortentwickelung geschaffenen Fällen der exceptio bedurften. Namentlich ist das Bedürfniß für die exceptio rei in iudicium deductae nicht durch das Wesen der römischen Litispendenz oder Rechtskraft, sondern dadurch geschaffen, daß die Regel ne bis de eadem re sit actio über ihren ursprünglichen Geltungsbereich, in welchem sie ipso iure wirkte, erstreckt werden sollte.[3])

Ob die exceptio in der Weise auf den Prätor zurückzuführen ist, daß dieser sie *zunächst* zur Durchführung prätorischer Absolutionsgründe benutzte, und für civile Absolutionsgründe nur dann, wenn sie tuitione praetoria auf neue Fälle ausgedehnt werden sollten, daß dann aber *später* diese Schranke fiel, und die einmal eingeführte Prozeßfigur auch bei neu entstehenden civilrechtlichen Erlöschungsgründen benutzt wurde, kann *hier* dahingestellt bleiben.

Es genügt für die hier verfolgten Zwecke die Feststellung, daß zwischen ipso iure und ope exceptionis ein *innerer* Unterschied nicht besteht. Denn daraus folgt, daß, wenn nicht mit dem Fortfallen der

---

[1]) Gajus III, 181; IV, 106 ff.

[2]) Vergl. Gajus IV, 118.

[3]) Eisele, Abhandlungen zum römischen Civilprozeß, konnte nicht mehr benutzt werden.

Digitized by Google

Gegensätze von civilem und prätorischem Rechte, so doch mit dem Wegfalle der exceptio als einer Form des römischen Civilprozesses das römische Institut der exceptio überhaupt untergegangen ist, und daß der Gegensatz von ipso iure und ope exceptionis im römischen Sinne für das gemeine Recht der Gegenwart nicht die geringste Bedeutung hat.

Es bleibt aber die Frage bestehen, ob die so leer gewordene Stelle leer bleiben darf, oder ob sie in anderer Weise auszufüllen ist. Auch hier wird man bei der heutigen grundsätzlichen Trennung von Privatrecht und Prozeß zwischen dem prozessualischen und dem materiellen Gebiete unterscheiden müssen.

Für das Prozeßrecht ist die Festhaltung eines Einredebegriffes unentbehrlich. Die C. P. O. hat Begriff und Ausdruck im Wesentlichen richtig zur Anwendung gebracht.

Während mit dem unbestimmten Ausdrucke „Einwendungen“[1]) Bemängelungen jeder Art bezeichnet werden, bezieht sich die Einrede[2]) nur auf einen außerhalb der Klagbegründung liegenden Theil des sachlichen Kognitionsstoffes. Während die Klagbegründung den Inbegriff der zur Rechtfertigung des Begehrens zunächst ausreichenden, aber auch unter allen Umständen erforderlichen Behauptungen (unter Umständen nebst den die Rechtfertigung gebenden Rechtsnormen) bezeichnet, begreift die Einrede diejenigen Behauptungen in sich, welche das Klagbegehren auch im Falle der Wahrheit der Klagbegründung für immer oder zur Zeit, oder unter den vorliegenden Umständen unrechtmäßig erscheinen lassen. Auch hierbei kann man zugleich an die betreffenden Rechtsnormen denken. Die Kette wird bekanntlich noch durch Replik, Duplik u. s. w. verlängert.

Dieser Begriff der Einrede, bei dem es sich, ähnlich wie bei dem prozessualischen Anspruchsbegriff, nicht um vorhandene Berechtigungen, sondern um Rechtsbehauptungen handelt, kommt in Feststellungsprozessen ebenso zur Anwendung wie in Leistungsprozessen.

Der Begriff eignet sich auch zur Uebertragung von dem Gebiete der unmittelbar erheblichen Behauptungen auf das des Beweises und der dem Beweiszwecke dienenden mittelbar erheblichen Behauptungen. Die Beweiseinrede[3]) umfaßt dasjenige selbständige Vorbringen, welches gegen die Kraft und Bedeutung eines Beweismittels oder Beweisgrundes gerichtet ist. Die Einrede kann ferner nicht blos auf dem

---

[1]) Vergl. § 560 Abs. 2, §§ 561, 668, 685, 686, 696, 704 C. P. O. Aehnlich die „Erinnerungen“ in § 313 C. P. O.

[2]) §§ 137, 251, 274, 560 Abs. 1 C. P. O. — Vergl. pr. P. S. 718 ff.

[3]) § 256 C. P. O.

Digitized by Google

Gebiete des sachlichen Kognitionsstoffes, sondern auch auf dem der prozessualischen Vorbedingungen der Sachentscheidung Anwendung finden. Die Prozeßeinrede[1]) ist selbständiges Vorbringen des Beklagten, welches erforderlich ist, um ein prozessualisches, der Sachentscheidung entgegenstehendes, Hinderniß zur Geltung zu bringen.

Der praktische Werth dieses Einredebegriffes liegt, abgesehen von seiner Bedeutung für den Gang der richterlichen Kognition,[2]) darin, daß Beklagter ein Interesse daran hat, für die Behauptung und Beweisung der Einrede zu sorgen, da sie ein „Vertheidigungsmittel" ist, aber, wie aller Prozeßstoff, der Verhandlungsmaxime entsprechend nicht berücksichtigt wird, wenn nicht die ihr zu Grunde liegenden Behauptungen in den Prozeß eingeführt sind.

Fraglich bleibt dabei — und dieser Punkt ist für die hier zu lösende Aufgabe von Bedeutung —, ob der Richter die Einredebehauptungen auch dann berücksichtigen darf, wenn sie vom Kläger vorgebracht sind, oder ob man eine besondere „Erhebung" der Einrede seitens des Beklagten verlangen muß, so daß man neben der Behauptung, die Forderung sei bezahlt, noch eine besondere Erhebung der Zahlungseinrede zu verlangen hätte. Im Allgemeinen wird man die Frage verneinen müssen, da eine solche Erhebung nirgends vorgeschrieben, auch die Berücksichtigung von Vertheidigungsmitteln, welche der Kläger vorbringt, und umgekehrt, nicht verboten ist.

Praktisch wird die Frage freilich selten vorkommen. Am klarsten würde sie in die Erscheinung treten, wenn der Kläger im Versäumnißverfahren seinem Klagvorbringen die vollständige Behauptung und Begründung einer Einrede beimischte. Das Urtheil wird nach § 296 C. P. O. auf Abweisung lauten müssen. Denn der Richter hat das gesammte Vorbringen zu berücksichtigen, und nach diesem erscheint der Klageantrag nicht gerechtfertigt.[3])

---

[1]) Die C. P. O. kennt den Ausdruck nicht. Sie gebraucht nur die inkorrekte Bezeichnung „prozeßhindernde Einrede" in einem viel beschränkteren Sinne. S. o. § 1 S. 4 A. 3.

[2]) pr. Pr. S. 722.

[3]) Hiernach ist eine eigene Ausführung (pr. Pr. S. 718) zu berichtigen. Der Satz, daß die Verjährungswirkungen trotz der klar zu Tage liegenden Voraussetzungen derselben nicht berücksichtigt werden dürfen, wenn nicht der Beklagte die Verjährung vorschützt, kann nicht lediglich aus der Verhandlungsmaxime und dem prozessualischen Einredebegriff hergeleitet werden. Wenn der Satz, daß die Verjährung besonders vorgeschützt werden muß, richtig ist, so muß er durch positive Vorschrift oder durch eine Deduktion anderer Art gerechtfertigt werden.

Digitized by Google

Darüber, ob auch auf dem Gebiete des Privatrechtes der von der exceptio eingenommene Raum durch etwas Anderes ausgefüllt werden müsse, besteht auch unter denjenigen, welche sich von der Beibehaltung der römischen exceptio losgesagt haben, keineswegs Einigkeit. Lenel stellt am Schlusse seiner Erörterungen[1]) den Satz auf: Der Anspruch existirt oder er existirt nicht. Ein Mittelding herzustellen zwischen Sein und Nichtsein des Rechtes, ist unmöglich. Für Einreden ist also kein Raum.

Dagegen kommt Kohler[2]) zu der Annahme „reaktionsunfähiger Ansprüche". Dieselbe soll die Lösung der Schwierigkeiten des modernen Exzeptionenbegriffes bieten. Als Gründe der Reaktionsunfähigkeit, welche also nicht den Anspruch, sondern nur die Möglichkeit seiner erfolgreichen Geltendmachung (Klagbarkeit) aufheben, bezeichnet er neben Zwangsvergleich, beneficium competentiae, Mangel der Ueberweisung bei einer gepfändeten Forderung, auch Retention und beneficium excussionis. Auch die Kompensationswirkung wird dazu gerechnet. Es genügt ihm zur Annahme eines Anspruches, daß Erfüllung möglich ist, und es ist danach denkbar, daß einem „alten gereiften Anspruche" die Reaktionsfähigkeit, die Waffe des Angriffes, verliehen wird.

Von anderen Ausgangspunkten gelangt Bekker[3]) zu der Annahme „negativer Rechte", deren Wirkung sich darauf beschränkt, die Wirkungen anderer Rechte zu brechen, und zwar entweder nur zu hemmen oder ganz aufzuheben. Dazu gehören neben dem S. C. Macedonianum und Vellejanum, dem pactum de non petendo, der querela inofficiosi testamenti, dem Schenkungswiderruf, der querela non numeratae pecuniae auch Verjährung und, jedoch mit Vorbehalt, Abhängigkeit von der Gegenleistung bezw. Vorleistung. Die Frage ist in der Wissenschaft nicht nur nicht zum Abschluß gebracht, sondern es sind überhaupt erst die Anfänge gemacht, um zu einer ausgebildeten Theorie zu gelangen. Mit dieser Thatsache ist bei den Gesetzgebungsarbeiten zu rechnen.[4])

---

[1]) Ueber Ursprung und Wirkungen der Exzeptionen S. 137.

[2]) a. a. O. S. 14 ff., 26.

[3]) Pandekten I S. 89.

[4]) Kohlers Reaktionsunfähigkeit scheint mir doch zu verschiedenartige Dinge in sich zu bergen. Bei der obligatio naturalis, welche Kohler hierher rechnet, fehlt es nach heutiger Auffassung überhaupt an einem Anspruch; dadurch unterscheidet sich der Fall von dem damit in Verbindung gebrachten, daß nach englischem Rechte Ansprüche aus dem Markenrecht nicht gerichtlich geltend gemacht werden können, wenn sie nicht ins Register eingetragen sind, daß aber nach der Eintragung auch Ansprüche aus der früheren Zeit verfolgbar sind. Im letzteren Falle handelt es sich um eine besondere Voraussetzung der Zulässigkeit des Rechtsweges.

Digitized by Google

Das B. G. gebraucht die beiden Kunstausdrücke „Einwendungen" und „Einreden", vereinzelt auch den „Einwand". Was den Unterschied vom Sprachgebrauche der C. P. O. anbetrifft, so ist zunächst, ähnlich wie bei dem Anspruche, festzustellen, daß es sich dort um Behauptungen handelt, deren Begründetheit dahingestellt bleibt, hier aber um Rechtswirkungen. Im Uebrigen wird zuzugeben sein, daß die „Einwendung" im Sinne des B. G. inhaltlich sich mit der „Einwendung" im Sinne der C. P. O. deckt. Man wird die „Einwendung" im B. G. als eine ganz allgemeine Bezeichnung für Mängel der Berechtigung ansehen dürfen, wobei ganz dahingestellt bleibt, ob sie dieselbe von vornherein nicht haben entstehen lassen, oder ob sie dieselbe ganz vernichten, oder ob der Bestand des Rechtsverhältnisses an sich nicht gefährdet ist. In diesem Sinne wird auch ein solcher privatrechtlicher Mangel als Einwendung bezeichnet, welcher prozessualisch als Bestreiten der Klagbegründung erscheinen würde. Es gibt nach dem B. G. insbesondere „Einwendungen, durch welche das Bestehen der Hypothek verneint wird" und den „Einwand, daß verbotene Eigenmacht nicht verübt worden sei".[1])

In Bezug auf die „Einwendung" wird man sich darauf beschränken können, die Wahl eines Ausdruckes zu verlangen, welcher die Beziehung auf den Prozeß und das subjektive Verhalten des Verpflichteten ganz vermeidet, damit Privatrechtliches und Prozessualisches auseinander gehalten werden kann. Bei der Allgemeinheit der Bezeichnung würde der ebenfalls ganz allgemeine Ausdruck „Mangel" wohl verwendet werden können. Freilich müssen dann einige Paragraphen auch im Uebrigen eine weniger subjektive Fassung erhalten.

Schwerwiegender sind die Bedenken gegen die „Einrede" des B. G. Denn das Gebiet dieser Einrede ist inhaltlich ein viel engeres als das der Einrede der C. P. O. Zunächst schon in Folge des engeren Anspruchsbegriffes. Einreden im Sinne der C. P. O. stehen auch den Feststellungsbegehren entgegen, Einreden im Sinne des B. G. richten sich nur gegen privatrechtliche Forderungen in dem in § 8 festgestellten Sinne. Sodann aber auch noch in Folge einer Verengerung, welche das B. G., den Spuren der Savigny-Windscheidschen exceptio folgend, mit dem Einredebegriff selbst vorgenommen hat. „Der Einredebegriff des materiellen Rechtes", so belehren uns die Motive,[2]) „deckt sich nicht mit demjenigen des Prozeßrechtes. Nach den heutigen Beweisgrundsätzen fällt, da die Aufgabe des Klägers in Ansehung der Klagbegründung lediglich

[1]) §§ 822, 1084 B. G. Vergl. im Weiteren die §§ 316, 416, 1083 1085, 1160 B. G.

[2]) I S. 359.

Digitized by Google

darin besteht, die Thatumstände darzulegen, welche den Schluß auf die Entstehung des erhobenen Anspruches nach dem gewöhnlichen Verlaufe der Dinge rechtfertigen, in den Bereich der prozessualen Einrede jedes Anführen, welches, ohne die Richtigkeit der Klagethatsachen in Frage zu stellen, dem Klagebegehren auf Grund anderweiter Thatsachen entgegentritt, und zu diesen Thatsachen gehören nicht blos diejenigen, welche die Durchführbarkeit des an sich begründeten Klaganspruches ausschließen, sondern auch diejenigen, welche ergeben, daß der Anspruch, der Klagethatsachen ungeachtet, nicht zur Entstehung gelangt oder daß derselbe zwar entstanden, aber wieder erloschen sei. Einreden im Sinne des materiellen Rechtes sind nur Umstände der ersteren Art, d. h. solche Umstände, welche die Befugniß gewähren, die Befriedigung eines Anspruches verweigern zu dürfen, obwohl der Anspruch an und für sich besteht. Die sog. rechtshindernden und rechtsvernichtenden Thatsachen entziehen mit und durch ihren Eintritt dem Rechte seinen Bestand. Gegen ein nicht oder nicht mehr vorhandenes Recht bedarf es materiell keiner Vertheidigung."

Klarer, als durch diese unzählige Male widerlegten, aber doch mit einer beneidenswerthen Dauerhaftigkeit ausgestatteten Deduktionen Savignys wird die Sache durch das bekannte einfache Beispiel: Zahlung ist eine Einrede im Sinne der C. P. O., aber keine Einrede im Sinne des B. G.

Bevor auf die Prüfung des Einredebegriffes und seiner Anwendung im B. G. näher eingegangen wird, möge man auch hier die Bitte um eine andere Bezeichnung gestatten. Die Bezeichnung „Einrede" paßt offensichtlich nur für den Prozeß.[1]) Im B. G. aber sollen mit derselben rein privatrechtliche Wirkungen bezeichnet werden, welche auch außerhalb des Prozesses, und ohne daß von den Betheiligten an einen Prozeß irgend gedacht wird, einzutreten haben. Jeder Unbefangene empfindet hier sofort das Unerträgliche, Unzutreffende des Ausdruckes. Ferner: da sich der Ausdruck in Folge des Anschlusses des B. G. an die Savignysche Theorie von der exceptio des römischen Rechtes als eine Uebersetzung der exceptio darstellt, so liegt die Gefahr nahe, daß auf diese Art die antiquirte römische exceptio mit ihrer privatrechtlich-prozessualischen Zwitternatur, von welcher sich zu befreien

[1]) Sanders, Wörterbuch der deutschen Sprache, gibt die beiden Bedeutungen: „eine in Etwas eingeschobene Rede" und „Das, was man einwendend gegen Etwas vorbringt, um es in seinem Fortgange zu hemmen oder aufzuheben". Ebenso hat das deutsche Wörterbuch der Gebr. Grimm nur die beiden Bedeutungen: „Dazwischenrede" und „Widerspruch".

Digitized by Google

Theorie und Praxis des gemeinen Rechts mit Erfolg bemüht waren, wieder eingeführt, und damit die Auseinandersetzung von Prozeß- und Privatrecht, in deren Durchführung ein Hauptvorzug einer modernen Kodifikation zu erblicken ist, verhindert wird. Endlich — und das scheint mir die schlimmste Quelle künftiger Verwirrung zu sein — ist der Begriff im B. G. enger als in der C. P. O., so daß eine Verständigung bei dem Gebrauche des Wortes Einrede nur durch den steten Zusatz „im Sinne des B. G.", „im Sinne der C. P. O." möglich sein wird.

Es soll sich bei dem, was das B. G. „Einrede" nennt, um selbständige Rechtswirkungen, nicht um bloße Modifikationen der Forderung (des Anspruches) handeln, und zwar um Wirkungen, die der Forderung entgegenstehen. Ist das richtig, so würde, da Bekkers Bezeichnung „negative Rechte" nur für die Theorie, aber nicht für die Gesetzessprache berechnet ist, vielleicht die Bezeichnung „Gegenrecht" dem Begriffe und dem Bedürfnisse entsprechen. Schließlich ist jeder andere Ausdruck der Bezeichnung „Einrede" vorzuziehen, weil damit die Gefahr der Begriffsverwirrung ausgeschlossen wird. Haben wir die materielle replicatio und duplicatio glücklich beseitigt, und an die Stelle der actio die rein privatrechtliche Forderung gesetzt, so wird und muß es auch gelingen, von der privatrechtlichen exceptio loszukommen.

Im Weiteren ist nun aber, wie bei dem Anspruch, zu fragen, ob der „Einrede" des B. G. ein klarer Begriff zu Grunde liegt, und ob die Bezeichnung überall sachgemäß zur Anwendung gelangt ist.

Da das B. G. eine gesetzliche Definition seiner „Einrede" nicht gegeben hat, was doch, da der Begriff in einem anderen Sinne, als dem der C. P. O. gebraucht wird, nothwendig gewesen wäre, so muß die Begriffsbestimmung zunächst aus den einzelnen Fällen entnommen werden, welche sich nach dem B. G. als Einreden darstellen. Der Entwurf selbst bezeichnet als Einreden: die Einrede der Verjährung,[1] die Abzugseinrede (beneficium inventarii),[2] die Einrede des nicht erfüllten Vertrages,[3] die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes[4] und die Einrede der Vorausklage.[5]

---

[1] § 182 B. G.

[2] §§ 162, 671, 1084 Abs. 3, 1160, 2133 ff., 2140, 2141, 2142, 2146. Die Einrede des Vermächtnißnehmers, durch welche er geltend macht, daß er nicht über den Betrag des Vermächtnisses hinaus Auflagen und Ersatzvermächtnisse zu entrichten hat, folgt gemäß § 1881 B. G. dem Rechte der Abzugseinrede. Sie wird daher im Folgenden nicht besonders erwähnt werden.

[3] § 162 B. G.

[4] § 162 B. G.

[5] §§ 162, 674, 675 B. G.

Digitized by Google

Außerdem bezeichnen die Motive[1]) die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache als „Einrede im engeren Sinne" unter Berufung auf § 191 Abs. 2, nach welchem auf die Wirkung des rechtskräftigen Urtheiles verzichtet werden kann, und das Gericht dieselbe nur berücksichtigen darf, wenn sie geltend gemacht wird.

Auch bei dem Rechte der Wandelung und Minderung wird von der einredeweisen Geltendmachung gesprochen.[2]) Da sich diese Wendung jedoch auf den Prozeß bezieht, so ist damit die Annahme einer Einrede im engeren Sinne nicht geboten. Die Motive[3]) stellen, mit dieser Auffassung übereinstimmend, hier „Klage" und „Einrede" in Gegensatz. Aehnlich verhält es sich mit einem Falle, den die Motive gelegentlich (III S. 699) zu den Einreden im engeren Sinne rechnen. Wer über ein nicht empfangenes Darlehen ein Anerkenntniß ausgestellt hat, kann nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung Befreiung von der Verpflichtung verlangen und die Erfüllung weigern (§ 604 B. G.). Diese Rechte können sowohl im Wege der Klage wie im Wege der prozessualischen Einrede geltend gemacht werden. Gleichwohl braucht der Fall ebensowenig zur Einrede im Sinne des B. G. gerechnet zu werden, wie die gleich zu erwähnenden Fälle der Aufrechnung und der Anfechtung. Dagegen betrachtet das B. G. nicht als Einreden die Gründe, aus denen ein „Schuldverhältniß" erlischt, also namentlich Erfüllung,[4]) Hinterlegung,[5]) Erlaß[6]) und Vereinigung.[7]) Auch der Eintritt einer Resolutivbedingung[8]) ist nicht zu den Einreden zu rechnen.

Von besonderer Wichtigkeit ist es, daß die Aufrechnung (Kompensation) nicht als Einrede im engeren Sinne aufgefaßt wird, obwohl dieselbe nach dem B. G. erst durch eine von dem einen Gläubiger gegenüber dem anderen Gläubiger abzugebende Willenserklärung ihre privatrechtliche Wirkung erlangt. Denn die Wirkung besteht darin, daß die beiderseitigen Forderungen „als erloschen gelten".[9]) Deshalb stellt § 162 Abs. 3 die Aufrechnung zu den Einreden im engeren Sinne in Gegensatz, und die Motive[10]) sagen dabei ausdrücklich, daß für die An-

[1]) I S. 373.
[2]) §§ 397, 571 B. G.
[3]) II S. 238.
[4]) §§ 263 ff. B. G.
[5]) §§ 272 ff. B. G.
[6]) § 290 B. G.
[7]) § 291 B. G.
[8]) § 129 B. G.
[9]) Vergl. §§ 281 bis 283 B. G.
[10]) I S 315.

Digitized by Google

nahme einer Einrede der Aufrechnung gegenüber den Bestimmungen der §§ 282, 283 kein Raum sei.[1])

Auch die Fälle der Anfechtbarkeit,[2]) insbesondere die Anfechtung von Rechtsgeschäften wegen Drohung und Betrug, die speziell geordnete Anfechtung einzelner Rechtsgeschäfte, insbesondere der letztwilligen Verfügungen, der Erbeinsetzungsverträge, der Ausschlagungs- und Annahmeerklärung hinsichtlich der Erbschaften, des Verzichtes auf das beneficium inventarii, der Anerkennung der Ehelichkeit, der Annahme an Kindesstatt oder deren Aufhebung, die Anfechtung eines Erbschaftsanfalles wegen Erbunwürdigkeit, endlich die Anfechtung der Ehe und der Ehelichkeit eines Kindes fallen nicht unter die Einrede im engeren Sinne, obwohl eine Reihe dieser Fälle prozessualisch im Wege der Einrede geltend gemacht werden kann. § 162 Abs. 3 B. G. stellt Anfechtung und Einrede ausdrücklich in Gegensatz, und die Motive betonen diesen Gegensatz an verschiedenen Stellen.[3]) Der der Anfechtung nahe verwandte Schenkungswiderruf[4]) ist ebenfalls keine Einrede im engeren Sinne, wenngleich derselbe prozessualisch auch mittels Einrede durchzusetzen wäre. Auch eine Befristung, mag sie nun von vornherein vorhanden gewesen oder, als Stundung, nachträglich beigefügt sein,[5]) bewirkt nicht, daß der Forderung eine Einrede im engeren Sinne gegenübersteht. „Die rechtliche Wirkung tritt sofort ein, nur ihre Geltendmachung ist hinausgeschoben", wie das B. G.[6]) mit den meisten Pandektenlehrbüchern sagt, oder, was vorzuziehen sein dürfte:[7]) Während der Befristung ist zwar eine vollkommen gesicherte Expektanz auf eine

---

[1]) Prozessualisch bleibt die Geltendmachung der Aufrechnung Einrede. Es wäre deshalb nicht gerade nöthig gewesen, durch Art. 11. E. G. B. G. aus dem § 274 C. P. O. die „Einrede" zu entfernen. Auch ist nicht abzusehen, weshalb § 491 C. P. O. der neuen Fassung von der auf die Aufrechnung gegründeten „Einwendung" spricht, und nicht das in diesem Falle ganz zutreffende Wort „Einrede" wählt. Im Allgemeinen ist aber, wie schon bemerkt wurde, die neue Fassung vorzuziehen.

[2]) §§ 103, 1781 bis 1787, 1948, 1949, 2040, 2041, 2094, 1478, 1630, 2046 bis 2048, 1259 bis 1270, 1471 bis 1475 B. G.

[3]) I S. 315 u. S. 360.

[4]) §§ 449, 451 B. G.

[5]) Im Falle der nachträglichen Stundung sprechen allerdings die Motive gelegentlich von der Stundungseinrede als einer Einrede im engeren Sinne (Mot. I S. 314). Ein Anhalt im Gesetze ist dafür aber nicht zu finden.

[6]) § 141 B. G.

[7]) Uebereinstimmend Hölder S. 129.

Digitized by Google

Forderung vorhanden. Die Forderung selbst, als vollkommene und präsente, ist aber erst mit dem Ablauf der Befristung vorhanden, bez. wieder vorhanden.[1])

Endlich fallen auch die besonderen Umstände, welche die Entstehung einer Rechtswirkung verhindert haben, z. B. bei Rechtsgeschäften Mängel der Geschäftsfähigkeit, der Willensübereinstimmung, des Willensentschlusses, der gesetzlichen oder vereinbarten Form, nicht unter den materiellen Einredebegriff, wie die Motive noch besonders bestätigen.[2])

Sehr zu Unrecht sprechen die Motive[3]) von der Einrede des Miethers gegenüber dem Eigenthumsanspruche als von einer Einrede im engeren Sinne. So lange das Miethsrecht währt, besteht keine Forderung des Eigenthümers gegen den Miether auf Rückgabe. Prozessualisch gehört allerdings in dieser Richtung das Miethsverhältniß zur Einrede. § 942 B. G. sagt von diesem Falle: „Der Anspruch auf Herausgabe ist ausgeschlossen". Von einer Einrede spricht er aber nicht.

Bevor aus den über Einreden aufgestellten Normen das Charakteristische der Einrede zu entwickeln versucht wird, sind die aus dem B. G. hervorgehenden Eintheilungen der Einrede festzustellen. Die Motive[4]) unterscheiden zunächst peremtorische und dilatorische Einreden und bemerken dabei, daß erstere im B. G. als Einreden bezeichnet seien, durch welche die Geltendmachung des Anspruches dauernd ausgeschlossen sei, ein Ausdruck, der als allgemeine Bezeichnung in den §§ 737 Abs. 2, 1093, 1192 Abs. 2 B. G. wiederkehrt.

Im Einzelnen bezeichnet das B. G. nur die Verjährungseinrede als eine solche peremtorische Einrede. Man wird aber die Einrede der Rechtskraft und die Abzugseinrede aus dem beneficium inventarii hin-

---

[1]) Für die römische exceptio pacti de non petendo ist also nach dem Rechte des B. G. kein Raum. Das pactum de non petendo ist heute entweder Erlaß oder Stundung, möglicher Weise mit Einschränkungen hinsichtlich der Person oder der Forderung. Erlaß ist sie insbesondere auch dann, wenn verabredet sein sollte, daß die Forderung zwar nicht aufgehoben, aber dauernd nicht geltend gemacht werden solle. In beiden Fällen ist die Wirkung des Vertrages nicht Einrede im Sinne des B. G. — Auch Kohler (a. a. O. S. 19 u. 20) nimmt an, daß das pactum de non petendo, und zwar auch das in tempus, nicht blos die Reaktionsfähigkeit des Anspruches aufhebt, sondern den Anspruch selbst, so daß im Falle der Stundung erst nach Ablauf des certum tempus ein Anspruch erwächst.

[2]) Vergl. § 194 B. G.; Mot. I S. 359; s. oben. § 3 S. 21.

[3]) I S. 314.

[4]) Mot. I S. 360.

Digitized by Google

zurechnen müssen, während die übrigen Einreden: nicht erfüllter Vertrag, Zurückbehaltungsrecht und Vorausklage sich als dilatorische darstellen.

In den §§ 302, 316 B. G. wird auch noch von den Einreden gesprochen, welche eine ausschließliche Beziehung auf die Person des bisherigen Gläubigers haben (exceptiones personae cohaerentes). Unter den mit Sicherheit aus dem B. G. festzustellenden Einreden im engeren Sinne ist keine, auf welche diese Bezeichnung paßte. Auch die Motive geben kein Beispiel, und so hat es den Anschein, daß es entweder nichts gibt, was unter den Begriff fällt, oder daß hier Einrede in einem anderen Sinne gebraucht ist. In beiden Fällen muß die Bestimmung gestrichen werden.

Im Uebrigen sind die beiden Eintheilungen keineswegs der Einrede im Sinne des B. G. eigenthümlich. Sie lassen sich ebensowohl auf Mängel und Hinderniſſe beziehen, welche nicht unter diesen Begriff fallen.

Die Motive[1]) rechtfertigen die Beibehaltung der Einrede mit der Ausführung, es müsse die Regelung zulässig sein, daß ein Umstand einen Anspruch nicht von Rechtswegen in seiner Entstehung hindere oder wieder aufhebe, sondern dem Verpflichteten nur die Möglichkeit gewähre, die Befriedigung des an und für sich begründeten Anspruches, sei es zur Zeit oder der Person nach, sei es für immer, ablehnen zu dürfen. In *wirthschaftlicher* Beziehung sei allerdings der Anspruch mit peremtorischer Einrede einem nicht bezw. nicht mehr vorhandenen Anspruche gleichwerthig. *Rechtlich* bestehe ein in zwiefacher Hinsicht praktisch bedeutsamer Unterschied, indem auf die Einrede verzichtet werden und dadurch der Anspruch ohne Wiederholung der Begründung seine Kraft wiedererlangen könne, indem ferner die Einrede richterliche Beachtung nur finden dürfe, wenn der Beklagte dieselbe durch Anrufung in Wirksamkeit setze. Von der Anfechtung, welche in diesen beiden Momenten mit der Einrede übereinstimme, unterscheide sich letztere dadurch, daß mit der Anfechtung der Anspruch aufgehoben sei, während die Einrede nur im Prozesse mit Erfolg geltend gemacht werden könne, und sich nicht gegen den *Bestand* des Anspruches, sondern nur gegen dessen Durchsetzung richte. Dabei wird aber zugegeben, daß in den besonders gearteten Fällen der §§ 1093, 1192 Abs. 2 eine Annäherung an die Anfechtung stattfinde.

Es sind also nicht rechtspolitische, auf den *Inhalt* bezügliche Gründe, sondern doktrinäre, die juristische Konstruktion betreffende Erwägungen, welche zur Festhaltung der Einrede geführt haben.

Auf dem Gebiete der juristischen Konstruktion ist also der Kampf gegen die Einrede zu führen. Es wird eine Konstruktion auf Grund der

[1]) I S. 359.

Digitized by Google

von der Einrede geltenden Normen zu versuchen sein. Der Nachweis der Unhaltbarkeit der Einrede ist erbracht, wenn sich herausstellt, daß es kein einziges rechtliches Merkmal gibt, welches einerseits allen Einreden gemeinsam ist, und dieselben andererseits von anderen rechtlichen Gebilden unterscheidet. Denn dann ist, wenn auch die Regelung der einzelnen Fälle, welche „Einrede" genannt sind, zu billigen sein sollte, die Beibehaltung der zusammenfassenden Bezeichnung unhaltbar. Und dieser Nachweis läßt sich sowohl bezüglich der Einrede im Allgemeinen, wie der peremtorischen Einrede insbesondere führen.

Daß die Einrede im Sinne des B. G. voraussetzt, daß ein Anspruch (§ 182 B. G.) oder eine Forderung (§§ 281, 1093 B. G.) entstanden und noch vorhanden ist, kann kein besonderes Merkmal sein. Beides hat sie mit der Anfechtung, ersteres auch mit manchen Einreden im Sinne der C. P. O. gemeinsam, welche nicht Einreden im Sinne des B. G. sind. Auch der hemmende Einfluß, welcher ihr bezüglich der Verjährung (§ 162 Abs. 2) und der Kompensation (§ 281 Abs. 2) zugeschrieben wird, ist kein besonderes Charakteristikum desselben. Denn auch bei einer Einrede im Sinne der C. P. O. kann von Verjährung und Kompensation nicht die Rede sein. Bezüglich der Verjährung liegt die Sache übrigens sehr unklar. § 162 Abs. 2 selbst hat die Einrede im engeren Sinne als solche gar nicht hervorgehoben, sondern es ist dort nur von rechtlichen Hindernissen die Rede, welche die Rechtsverfolgung nicht gestatten. Die Motive verkünden nun aber (I S. 313), daß dabei vornehmlich die Einreden im engeren Sinne in Betracht kämen. Im Einzelnen sind nun aber die Abzugseinrede (beneficium inventarii), die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes und die Einrede der Vorausklage von der Vorschrift ausgenommen. Es bleiben dann noch übrig die Einrede der Verjährung und der rechtskräftig entschiedenen Sache. Die erstere kann hier offenbar nicht in Frage kommen. Aber auch die zweite kann die Verjährung nicht hemmen. Denn entweder ist die Forderung nach rechtskräftiger Abweisung untergegangen, oder sie ist es nicht. Im ersteren Falle kann sie nicht mehr verjähren, im anderen kann doch die Thatsache, daß sie rechtskräftig aberkannt sei, unmöglich der Verjährung dauernd entgegenstehen.

Hiernach hat es den Anschein, als wenn dem Wortlaute des § 162 Abs. 2 entgegen sämmtliche Einreden im engeren Sinne die Verjährung nicht hemmten. Man hätte dann allerdings einen Unterschied von der Einrede im weiteren Sinne, aber nur ein solchen, der zugleich Merkmal der Anfechtung ist (§ 162 Abs. 3).

Auch die Wirkungen der Einreden gegen die persönliche Forderung zu Gunsten des Bürgen (§ 671 Abs. 1) und zu Gunsten des Pfand-

Digitized by Google

schuldners (§§ 1084, 1160) können nicht als Charakteristika geltend gemacht werden. Beides gilt auch von den Einreden im weiteren Sinne. Außerdem sind hinsichtlich einzelner Einreden im engeren Sinne Ausnahmen gemacht, so in beiden Fällen hinsichtlich der Abzugseinrede (§§ 671 Abs. 2 und 1084) und im zweiten Falle auch bezüglich der Verjährung (§ 182).

Die eigentliche Besonderheit der Einrede im engeren Sinne könnte dann noch darin bestehen, daß die Einrede den Anspruch bez. die Forderung nicht schon durch ihr Entstehen zum Erlöschen bringt, sondern erst dadurch, daß sie *geltend* gemacht wird, sowie in dem damit in Verbindung stehenden Umstande, daß auf die, Einrede genannte, Rechtswirkung *verzichtet* werden kann. Unterschiede von der Einrede im weiteren Sinne würden das freilich sein. Aber mit der Anfechtung würde die Einrede in diesen Punkten wieder übereinstimmen. Dazu kommt noch in Betracht, daß der hier aufgestellte Satz lediglich gelegentlich in den *Motiven* ausgesprochen ist. Da er im B. G. selbst keinen Ausdruck gefunden hat, so würde er, wenn nicht den Motiven Gesetzeskraft verliehen wird, überhaupt demnächst als Rechtssatz nicht anerkannt werden können.

Schließlich haben die Motive, wie schon erwähnt wurde, einen Unterschied von der Anfechtung darin gefunden, daß die Anfechtung bereits durch die Anfechtungserklärung wirke, die Einrede aber erst durch die gerichtliche Durchsetzung, so daß erst mit dem Urtheile die Forderung untergeht bez. zurückgewiesen wird.[1])

Aber auch dieser letzte Unterschied wird in doppelter Weise durchbrochen. Zunächst für die *Einrede* durch § 1093 B. G.: „Steht dem persönlichen Schuldner gegen die Forderung eine Einrede zu, durch welche die Geltendmachung des Anspruches auf die Leistung dauernd ausgeschlossen wird, so erlischt die Hypothek mit der gegenüber dem Gläubiger abzugebenden Erklärung des Eigenthümers, daß er die Einrede geltend mache." Hier wirkt plötzlich die Einrede ganz gegen ihr angebliches Wesen, schon durch die bloße Erklärung, sie bewirkt auch, ebenfalls gegen ihre vermeintliche innerste Natur, Untergang, nicht blos Hemmung des

[1]) D. h. eigentlich geht nach dem B. G. die Forderung nicht unter, sondern es steht nur die *Einrede* der rechtskräftig entschiedenen Sache entgegen. Denn auch die Rechtskraft bewirkt nicht den Untergang der abgewiesenen Forderung, sondern behaftet sie nur mit einer Einrede. Ueberhaupt läßt sich mittels der Einrede der Verjährung und der Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache im Sinne des B. G. eine Schraube ohne Ende herstellen. Vergl. unten § 10 S. 121, 122.

Digitized by Google

Rechtes. Umgekehrt bestimmt § 2047 B. G. für die Anfechtung wegen Erbunwürdigkeit: „Die Anfechtung erfolgt durch Erhebung der Klage auf Erbunwürdigkeit. Sie wird erst mit der Rechtskraft des Urtheiles wirksam, durch welches der Erbe für erbunwürdig erklärt wird." Damit ist das letzte spezifische Merkmal der Einrede gefallen. Jedenfalls kann dasselbe, wenn es solche Ausnahmen gestattet, allein nicht ausreichen, um den Begriff der Einrede im engeren Sinne zu begründen.

Die zuletzt aufgeführte Bestimmung würde anscheinend zugleich ein Charakteristikum der peremtorischen Einrede bilden. Aber auch damit steht es sehr übel. Der Satz gilt nicht für Verjährung (183), er gilt auch nicht für das Inventarrecht (§ 1084 Abs. 3).[1]) Es bliebe also von den bekannten peremtorischen Einreden nur die der rechtskräftig entschiedenen Sache. Und für diese paßt die Bestimmung erst recht nicht. Denn das Urtheil hat die Abweisung entweder wegen mangelnder Klagbegründung oder wegen einer Einrede im engeren oder weiteren Sinne ausgesprochen. Hat dasselbe wegen mangelnder Klagbegründung oder wegen einer Einrede im weiteren Sinne abgewiesen, so besteht die Forderung nicht mehr. Die Hypothek ist also nach § 1092 ohne Weiteres erloschen. Hat es aber wegen einer peremtorischen Einrede im engeren Sinne abgewiesen, so kann § 1093 keine Anwendung finden, weil alle übrigen bekannten peremtorischen Einreden im engeren Sinne von demselben ausgeschlossen sind.[2]) § 1093 kann also niemals zur Anwendung kommen. Jedenfalls ist seine Anwendbarkeit kein allgemeines Merkmal für peremtorische Einreden im engeren Sinne. Nicht viel besser ist es mit dem zweiten und letzten Merkmale derselben. Leistungen auf Forderungen, welche mit einer Einrede im engeren Sinne behaftet sind, unterliegen der condictio indebiti (§ 737 Abs. 1 C. P. O.). Einerseits gilt der Satz auch für Einreden im weiteren Sinne. Andererseits ist die Verjährungseinrede wieder ausgenommen (§ 183 Abs. 3).

Hiernach dürfte die Unmöglichkeit einer allgemein gültigen und charakteristischen Definition der Einrede im Sinne des B. G. und der peremtorischen Einrede insbesondere dargethan sein. Den gelegentlichen Ausspruch der Motive (I S. 342): „Der Begriff der materiell rechtlichen Einrede gewährt eine feste Kategorie, welche jeder Unklarheit vorbeugt", wird man jetzt zu würdigen wissen. Schon das dürfte genügen, um nicht nur die Beseitigung der Bezeichnung zu verlangen, sondern

---

[1]) Das Gleiche gilt für § 1192 Abs. 2. Hier wird freilich die Ausnahme für das Inventarrecht nicht erwähnt. Sie erscheint aber unabweisbar.

[2]) Die Motive geben III S. 699 auch zu, daß die Einrede der rechtskräftig entschiedenen Sache hier nicht in Betracht kommt.

Digitized by Google

auch jedem Gebrauche des vermeintlichen Begriffes entgegenzutreten. Insbesondere aber folgt aus dem Mangel jedes charakteristischen Merkmales der Einrede die Unmöglichkeit, irgend einen Fall als Einrede aufzufassen und zu behandeln, der nicht vom B. G. selbst ausdrücklich Einrede genannt ist. Das gilt namentlich von den erwähnten, in den Motiven aufgeführten Fällen.[1])

Es wird sich bei der Betrachtung der einzelnen Einredefälle zeigen, daß sich bei ihnen nicht nur die Bezeichnung Einrede leicht fortschaffen läßt, sondern daß die betreffenden Institute nach Inhalt und Fassung gewinnen, wenn man bei ihnen jeden Gedanken an den unhaltbaren Einredebegriff aufgibt.

Für die beiden wichtigsten Fälle: Verjährung und Rechtskraft, wird der Nachweis zweckmäßig für die Erörterung dieser Institute im Zusammenhange aufgeschoben. Die anderen einzelnen Arten der Einrede im engeren Sinne sollen hier, wenigstens kurz, berührt werden.

Von den sog. peremtorischen Einreden kommt nur die „Abzugseinrede" (das beneficium inventarii) in Betracht.

Das Inventarrecht wird,[2]) man mag es privatrechtlich gestalten wie man will, prozessualisch als Einrede erscheinen, damit ist aber, wie gezeigt wurde, über den privatrechtlichen Charakter des Institutes nicht entschieden. Denkbar wäre es, daß man dasselbe als einen Fall beschränkter Haftung einfach in der Weise regelte, daß die Forderung, soweit das beneficium inventarii in Frage kommt, in ihrer Richtung gegen die Person des Erben oder dessen Rechtsnachfolgers[3]) ohne Weiteres entsprechend herabgesetzt ist.

Bei der Normirung, welche das B. G. dem Institute gegeben hat, dürfte aber diese Auffassung ausgeschlossen sein. Das B. G. behandelt das Inventarrecht überall als eine selbständige der Forderung des Nachlaßgläubigers entgegenstehende Berechtigung, als ein Gegenrecht oder negatives Recht im Sinne Bekkers.

Auf eine Kritik dieser Normirung wird hier verzichtet. Nur das ist für den hier verfolgten Zweck zu betonen, daß in denjenigen, über das Inventarrecht handelnden, Vorschriften, welche dasselbe als „Abzugseinrede" bezeichnen,[4]) dieser Ausdruck sehr wohl in Wegfall gebracht bez. ersetzt werden kann.

---

[1]) Zu dem gleichen Ergebnisse kommt Hölder S. 148.

[2]) Ueber das Wort Bähr S. 561.

[3]) §§ 498, 500, 501 B. G. Dem Bürgen und Pfandschuldner kommt dasselbe nicht zu gute. §§ 671, 1084 Abs. 3, 1160 B. G.

[4]) §§ 2133, 2134, 2135, 2140, 2141, 2142, 2144, 2146. Ueber § 162 f. u. § 10 S. 130 ff.

Digitized by Google

Die „Einrede des nicht erfüllten Vertrages" bezieht sich auf die Abhängigkeit der Forderung von einer Gegenleistung.

Im römischen Rechte hat die Einseitigkeit der ursprünglich vorherrschenden Formalobligationen der dogmatischen Ausbildung dieses Verhältnisses sehr im Wege gestanden. Auch heute noch fehlt es an der klaren Bestimmung und einem wohl gefügten theoretischen Ausbau dieses Verhältnisses. Bekker[1]) hält zwei Auffassungen für möglich, nämlich einmal die Vorstellung, daß zugleich mit dem positiven Forderungsrechte mit normalem Thatbestande ein korrespondirendes negatives Recht entstanden sei, oder die Annahme, daß von dem negativen Rechte abgesehen und bezüglich des positiven Rechtes angenommen wird, daß nur der Thatbestand der Bindung, nicht der der Klagbarkeit bereits vollkommen sei. Er verweist für die letztere Annahme auf die Analogie von dies cedens und dies veniens. Wenn, wie es hier geschehen ist, die Klagbarkeit als Essentiale der Forderung aufgefaßt wird, so würde sich die zweite Alternative dahin modifiziren, daß bis zur Erfüllung seitens des Gläubigers nur ein Schuldverhältniß, nicht aber schon eine präsente vollkommene Forderung, als vorhanden angenommen wird.

Da bei der, dieser Lehre in dem B. G.[2]) gegebenen, Regelung sowohl der Ausdruck „Einrede" als auch sonst Alles vermieden ist, was zur Aufstellung dieses angeblichen Begriffes führen müßte, so kann die Sache auf sich beruhen bleiben. Ueber die einzige Gesetzesstelle, in welcher der Ausdruck „Einrede des nicht erfüllten Vertrages" vorkommt, wird später zu handeln sein.[3])

Ein Zurückbehaltungsrecht gibt das B. G. zunächst allgemein wegen konnexer Forderungen.[4]) Dazu treten als besondere Fälle das Zurückbehaltungsrecht des Besitzers[5]) und das des Finders,[6]) letzteres mit der Besonderheit, daß nach vorbehaltloser Herausgabe der Sache dem Finder keine Forderung verbleibt. In Folge einer unrichtigen Subsumtion wird auch das unter Umständen der Ehefrau gegebene Recht, einen Theil ihres Beitrages ad onera matrimonii ferenda direkt für sich und ihre Kinder (die natürlich mit gewohnter Pedanterie „Abkömmlinge" genannt werden) zu verwenden, eine Berechtigung zur Zurückbehaltung genannt.[7]) Im Uebrigen wird die retentio Gordiana und ein Zurück-

[1]) Pandekten I S. 90.
[2]) §§ 362 ff. B. G.
[3]) s. u. § 10 S. 130 ff.
[4]) §§ 233 bis 236.
[5]) §§ 938 bis 941.
[6]) §§ 915 ff.
[7]) § 1339.

Digitized by Google

behaltungsrecht der Erben gegenüber der Nachlaßkonkursmasse ausgeschlossen.[1])

Auch bei dem Zurückbehaltungsrechte kann es zweifelhaft sein, ob man richtiger von einem Gegenrechte oder von dem Fehlen einer präsenten vollkommenen Forderung auf der anderen Seite zu sprechen hat. In der Mitte dieser Auffassungen, aber doch mehr der letzteren zugeneigt, steht Kohler,[2]) welcher durch das Zurückbehaltungsrecht nicht den Anspruch, wohl aber dessen Reaktionsfähigkeit aufgehoben sein läßt.

Da auch hier nur der später zu erörternde § 162 beiläufig den Ausdruck „Einrede des Zurückbehaltungsrechtes" gebraucht, und im Uebrigen der Ausdruck Einrede im B. G. vermieden ist, so bedarf es weiterer Erörterungen nicht.

Es erübrigt dann nur noch das beneficium excussionis, bezüglich dessen nicht nur in § 162, sondern auch bei der Spezialregelung des Institutes[3]) der Ausdruck „Einrede der Vorausklage" gebraucht ist. Das B. G. gibt dem Bürgen im Allgemeinen das Recht, die Erfüllung seiner Verbindlichkeiten so lange zu verweigern, bis die Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner mit Erfolg versucht ist.[4]) Bei Erschwerung dieses Versuches durch Wechsel des Aufenthaltes des Hauptschuldners, bei der voraussichtlichen Erfolglosigkeit der Exekution, sowie bei ihrer zeitweisen rechtlichen Unmöglichkeit in Folge Konkurses über das Vermögen des Hauptschuldners fällt das Erforderniß nachträglich weg. Hat sich der Bürge von vornherein als Selbstschuldner verbürgt, so kommt dasselbe überhaupt nicht in Frage. Schon diese Darstellung, welche allerdings keine Gesetzesformulirung sein kann, zeigt, daß sich die Sätze des B. G. ohne den Gebrauch des Ausdruckes „Einrede" wiedergeben lassen. Damit würde sich zugleich ergeben, daß

[1]) §§ 1194, 2112.

[2]) a. a. O. S. 16.

[3]) §§ 674, 675.

[4]) Den erfolglosen Versuch der Zwangsvollstreckung nennt das B. G. nach dem Vorbilde Windscheids (Pandekten II § 478) „Ausklagung" daher ebenfalls nach Windscheid, „Einrede der Vorausklage". Offensichtlich ist dabei die zum Feststellungsverfahren, zum Rechtsstreite, gehörige Klage mit den außerhalb des Feststellungsverfahrens liegenden, einen vorangegangenen Rechtsstreit nicht nothwendig voraussetzenden, Vollstreckungsgesuchen und Vollstreckungshandlungen verwechselt. excutere heißt nicht ausklagen, sondern ausschütteln, entreißen, berauben. Mit dem Worte „Ausklagung" müßte auch die fiktive Fassung des § 674 Abs. 2 „ist als erfolgt anzusehen" fallen.

Digitized by Google

der Fall der selbstschuldnerischen Bürgschaft nicht mit den, davon ganz verschiedenen, Fällen des Wegfalles des Erfordernisses der Exkussion bei der einfachen Bürgschaft in einen Paragraphen und unter einen Gesichtspunkt gebracht werden kann.

Kohler[1]) verwendet auch hier die Figur des reaktionslosen Anspruches. Die Haftung des Bürgen sei nicht ausgeschlossen, der Anspruch sei aber nicht reaktionsfähig, so lange nicht die Reaktion gegen den Hauptschuldner versucht sei. Wenn die bereits mehrfach ventilirte Frage, ob es für die juristische Sprachtechnik zu empfehlen ist, da wo Haftung ohne sofortige Möglichkeit der Rechtsverfolgung vorhanden ist, schon von einer bereits vorhandenen Forderung (Anspruch) zu sprechen, in suspenso bleibt, würde jene Auffassung sowohl dem römischen beneficium excussionis, als dem Standpunkte des B. G. gerecht werden.

Es dürfte sich aber fragen, ob man nicht das Institut inhaltlich umzugestalten hat.

Das römische Recht hat in der Zeit seiner Blüthe lediglich zwei nebeneinander stehende klare Gestaltungen[2]) der Bürgschaftshaftung gekannt, die streng selbstschuldnerische Bürgschaft, bei welcher der Bürge schlechthin so haftete, wie der Hauptschuldner, und die, heute fidejussio indemnitatis genannte, Haftung durch die Stipulation: quanto minus a Titio consequi possim, bei welcher a Maevio ante Titium excussum non recte petetur, so daß es zur Begründung der Inanspruchnahme des Bürgen und ihres Umfanges gehört, daß von dem Hauptschuldner nichts oder nicht mehr zu bekommen gewesen ist.[3]) Dieses klare Verhältniß hat sich auch noch im Rechte des corpus juris civilis erhalten, und wurde erst dadurch getrübt, daß Justinian in Nov. 4 auch für den ersten Fall das, hier als beneficium erscheinende, Erforderniß der excussio aufstellte. Durch die Möglichkeit des Verzichtes auf dieses beneficium blieb freilich die Möglichkeit der selbstschuldnerischen Bürgschaft bestehen. Sie bildete aber nunmehr nicht mehr die Regel, sondern die Ausnahme.

Das Letztere wird vielleicht unserem deutschen Rechtsbewußtsein mehr entsprechen, als die ältere römische Regel. Man würde es also dabei zu belassen haben, daß die Verbürgung als Selbstschuldner zum besonderen Ausdruck gebracht werden muß.

---

[1]) a. a. O. S. 16 ff.

[2]) Von der Formfrage ist hier natürlich nicht die Rede.

[3]) Vergl. fr. 116 D. de V. O. 45, 1, fr. 42 pr. D. de R. C. 12, 1, fr. 6 pr. D. de nov. 46, 2, fr. 21 D. de sol. 46, 3.

Digitized by Google

Im Uebrigen aber sollte das beneficium excussionis als eine durch nichts gerechtfertigte Verballhornisirung des römischen Rechts und der klaren Gestaltung der Bürgschaft überhaupt entfernt werden. Es steht, wenn daneben die selbstschuldnerische Bürgschaft möglich bleibt, nichts im Wege, schon zur Begründung der Haftung des bloßen Schadlosbürgen zu erfordern, daß vom Hauptschuldner Befriedigung nicht zu erlangen gewesen ist. Dann handelt es sich sogar nicht einmal mehr prozessualisch um eine Einrede, und es würde der Fall bei den Erörterungen über den materiellen Einredebegriff gänzlich ausscheiden.

Auf diese Art würde der Gebrauch der „Einrede" im materiellen Sinne bei allen einzelnen, vom B. G. unter die Kategorie gebrachten, Fällen zu vermeiden sein.

Eine nothwendige Konsequenz ist es, daß er auch da entfernt wird, wo er als allgemeine Bezeichnung für die Kategorie gebraucht wird. Der Beanstandung des Wortes tritt hier als der wichtigere Grund hinzu, daß ein faßbarer Begriff fehlt, und es deshalb in jedem einzelnen Falle ungewiß bleibt, welche Mängel oder Gegenrechte mit dem Worte gemeint sein sollen.

Für den erforderlichen Ersatz der Bezeichnung ergeben sich zwei Möglichkeiten. Entweder beschränkt sich die Bestimmung in der That auf diejenigen Fälle, welche als Einreden im engeren Sinne festgestellt werden konnten, und dann erübrigt nur, diese Fälle kasuistisch zu bezeichnen. Oder aber es ist der Regel eine allgemeinere Bedeutung beizumessen, und demnach auch ein ganz allgemeiner Ausdruck, z. B. rechtlicher Mangel u. dergl., zu wählen.

Zu der Wahl eines allgemeineren Ausdruckes ist zunächst Veranlassung bei der Kompensation. § 281 Abs. 2 sagt: „Eine Forderung, welcher eine Einrede entgegensteht, kann nicht zur Aufrechnung gebracht werden." Hier ist eine ganz allgemeine Fassung offenbar unschädlich, also etwa: „Stehen der sofortigen Geltendmachung der Forderung rechtliche Hindernisse entgegen, so kann dieselbe nicht zur Aufrechnung gebracht werden."

Auch bei den Bestimmungen, welche dem Bürgen die Einreden des Hauptschuldners mit Ausnahme der Abzugseinrede zusprechen, und ihn gegen einen nachträglichen Verzicht des Hauptschuldners bezüglich solcher Einreden schützen,[1]) kann ein allgemeinerer Ausdruck um so weniger schaden, als, wie auch die Motive zutreffend ausführen,[2]) für die Einreden im weiteren Sinne ganz dasselbe gilt.

---

[1]) §§ 671, 672 B. G.
[2]) II S. 662.

Digitized by Google

Dabei ist aber eine andere Frage wenigstens zu streifen. Die Motive[1]) sind der Ansicht, daß aus den Bestimmungen des B. G., welche die Anfechtung und Kompensation an eine von dem Verpflichteten abzugebende Erklärung knüpfen,[2]) ohne Weiteres folge, daß dem Bürgen die Möglichkeit fehle, Anfechtungsrechte und Kompensation aus der Person des Hauptschuldners geltend zu machen. Die Motive berufen sich dafür lediglich auf die juristische Konsequenz. Es wäre aber, da diese Konsequenz äußerst zweifelhaft ist, angezeigt, die Frage durch positive Bestimmung zu entscheiden, und dabei gegenüber den ausschließlich doktrinären Erwägungen der Motive zu prüfen, ob nicht die Billigkeit erfordert, dem Bürgen jene Abwehr nicht abzuschneiden, und ob nicht die jetzigen Bestimmungen Kollusionen von Gläubiger und Hauptschuldner zum Nachtheile des Bürgen möglich lassen.

Ganz ähnlich verhält es sich mit den Einreden des Pfandschuldners aus der persönlichen Forderung. § 1084 Abs. 3 schreibt dem Hypothekenschuldner die Einreden des persönlichen Schuldners zu mit Ausnahme der Abzugseinrede, und schützt ihn gegen den nachträglichen Verzicht des persönlichen Gläubigers bezüglich solcher Einreden. Auch hier steht nichts im Wege, die Regel zu verallgemeinern. Aber auch hier ist eine ausdrückliche Bestimmung über den Einfluß von Anfechtung und Kompensation hinsichtlich der persönlichen Schuld nöthig.

In gleicher Weise wie § 1084 Abs. 3 ist auch der § 1160, welcher die analoge Anwendung auf das Mobiliarpfand macht, umzuändern.

§ 1093, welcher einen besonderen Weg für die Geltendmachung der gegen die persönliche Schuld gerichteten peremtorischen Einreden seitens des Hypothekenschuldners vorschreibt, ist, wie früher ausgeführt worden,[3]) inhaltlos und daher zu streichen.[4])

Anders liegt die Sache bei dem Einfluß der Einreden auf die condictio indebiti. Dort ist in § 737 Abs. 2 bestimmt: „Es macht keinen Unterschied, ob die Verbindlichkeit überhaupt nicht bestanden hat oder wieder erloschen war oder ob dem Anspruche auf die Leistung eine Einrede entgegenstand, durch welche die Geltendmachung des Anspruches dauernd ausgeschlossen war." — Für die Verjährung besteht eine Spezialbestimmung (§ 182 Abs. 2), welche das Gegentheil verordnet. Der Fall der rechtskräftigen Abweisung muß, wie demnächst ausgeführt wird, aus der Kategorie jedenfalls ausscheiden. Es bleibt

---

[1]) II S. 663.
[2]) §§ 112, 113, 221, 282 B. G.
[3]) s. o. S. 110.
[4]) Ebenso § 1192 Abs. 2.

Digitized by Google

also nur der Fall des Inventarrechtes, den auch die Motive[1]) als einziges Beispiel aufführen. Wenn in Abs. 1 statt „nicht bestanden hat" gesagt wird „zur Zeit der Leistung nicht bestand", so kann Abs. 2 durch eine Spezialbestimmung über das Inventarrecht vollständig ersetzt werden.

Für die §§ 302, 316, welche bei Zession und Schuldübernahme Einreden, welche eine ausschließliche Beziehung auf die Person des bisherigen Gläubigers bez. Schuldners haben, nicht mit übergehen lassen, fehlt es, wie früher ausgeführt wurde,[2]) anscheinend an einem Bedürfniß. Jedenfalls würde auch hier eine Verallgemeinerung unschädlich sein.

III. Einzelne Institute des Grenzgebiets.

1. Verjährung.

§ 10.

Des Institutes der Verjährung ist schon im Laufe der bisherigen Erörterungen wiederholt Erwähnung geschehen.[3]) Namentlich mußte bei der Darlegung der Begriffe des Anspruches und der Einrede darauf Rücksicht genommen werden, daß das B. G. als Gegenstände der Verjährung in erster Linie „die Ansprüche" bezeichnet, und die Wirkung der Verjährung als „Einrede" auffaßt.

Nunmehr ist das Institut im Ganzen einer Betrachtung zu unterziehen. Der allgemeine Theil hat nur für die Verjährung im eigentlichen Sinne allgemeine Vorschriften gegeben, daneben finden sich aber im Entwurfe, viel zahlreicher als in anderen Kodifikationen, Ausschlußfristen, mit deren Ablauf Berechtigungen verloren gehen. Von der Verjährung ist diese Art des Verlustes von Rechten getrennt gehalten, namentlich das Wort „verjähren" vermieden.[4]) Die Verwandtschaft mit der Verjährung ist aber, trotz der im Einzelnen bestehenden juristischen Unterschiede, eine sehr nahe. Namentlich ist auch der Zweck des Institutes im wesentlichen derselbe wie der der Verjährung. Es empfiehlt sich deshalb, bei der Darlegung der Grundsätze über die Verjährung auch auf diese Fälle, welche eine allgemeine Regelung nicht gefunden haben,

---

[1]) II S. 832 A. 2.
[2]) s. o. S. 107.
[3]) S. o. § 3 S. 31, § 8 S. 83, 85, § 9 S. 106, 108, 110.
[4]) Mot. I S. 292.

Digitized by Google

einen Ausblick zu thun, um so mehr, als für manche derselben in einzelnen Beziehungen die Grundsätze der Verjährung Anwendung finden.[1])

Das B. G. hat geglaubt, die Gegenstände der Verjährung unter der einheitlichen Bezeichnung „Ansprüche" zusammenfassen zu können. Es hat deshalb nach dem Vorbilde Windscheids den ganzen über die Verjährung handelnden Abschnitt „Anspruchsverjährung" überschrieben. Diese Einheitlichkeit erweist sich aber bei näheren Betrachtungen als eine künstliche und rein äußerliche. Es ist zunächst auf die frühere Ausführung hinsichtlich des Rechtes auf Wandelung und Minderung und der analogen Rechte zu verweisen,[2]) welche verjähren, ohne daß es darauf ankommt, ob Forderungen bereits entstanden sind, und welche nur in dem Verjährungsparagraphen, entgegen dem sonstigen Sprachgebrauche des B. G., „Ansprüche" genannt werden. Hier hat das Gesetz offen anzuerkennen, daß der Gegenstand der Verjährung kein Anspruch ist.

Ferner ist daran zu erinnern, daß, wie ebenfalls bereits gezeigt wurde[3]), die sog. Ansprüche auf Unterlassung nicht unter den korrekten Anspruchs- oder Forderungsbegriff fallen, und daß die Regeln des B. G. über Anspruchsverjährung auf diesen Fall gar nicht passen. Diese Rechte auf Unterlassung treten also neben die Forderungen. Sie sind auch bei der weiteren Regelung der Verjährung besonders zu berücksichtigen, namentlich nach der Richtung, daß sie, wie das Recht der Wandelung und Minderung, im Ganzen oder, nach dem früher bekämpften Sprachgebrauche des B. G., dergestalt verjähren müssen, daß sie auch nicht mehr einredeweise geltend gemacht werden können.

Hinsichtlich des Eigenthumes und der dinglichen Rechte hat sich das B. G. auf den Standpunkt gestellt, daß zwar nicht diese Rechte, wohl aber die daraus hervorgehenden Ansprüche oder Forderungen der Verjährung unterliegen. Die Folge ist also z. B. bei dem Eigenthume, daß nachher ein dominium sine re bestehen bleibt. Der Eigenthümer ist zwar Eigenthümer, aber er besitzt die Sache nicht, und seine auf Herausgabe der Sache gehende Forderung besteht zwar, aber ihre Geltendmachung ist für alle Ewigkeit durch eine Einrede ausgeschlossen, so daß von einem Eigenthume eigentlich nur ironisch gesprochen werden kann. Die Rechtfertigung der Motive[4]) ist eine sehr gezwungene. Man bringt außer der Berufung auf die gemeinrechtliche Jurisprudenz, d. h. Windscheid, nur den Grund vor, daß sonst ein „Eingriff in die Ver-

[1]) Mot. I S. 347.
[2]) S. o. § 8 S. 85.
[3]) S. o § 8 S. 79 ff.
[4]) I S. 292.

Digitized by Google

jährungsgrundsätze" nöthig wäre. Also auch hier ist es nicht die Rücksicht auf das Praktische und Billige, welche der Normirung zu Grunde liegt, sondern der leidige Doktrinarismus, welcher zunächst einem Lehrbuche eine Regel über den Gegenstand der Verjährung entnimmt, und dann, ohne Rücksicht auf die Zweckmäßigkeit, alle einschlägigen Fälle in das vorher gefertigte Prokrustesbett zwingen will. Man hat sich einfach die Frage vorzulegen: Genügt es für die Eigenthumsverjährung nicht, daß das bisherige Eigenthum untergeht, wenn ein Anderer durch Ersitzung Eigenthum erlangt? Verneint man diese Frage, und glaubt man insbesondere nicht schon durch Erleichterung der Ersitzung Abhülfe schaffen zu können, so möge man das Eigenthum auch noch der erlöschenden Verjährung unterwerfen, aber dann, wie es das praktische Bedürfniß und die Rechtskonsequenz übereinstimmend verlangen, das Eigenthum im Ganzen, nicht blos die daraus hervorgehenden Forderungen.[1]) Man wird sich vielleicht eher dazu entschließen, wenn man erkannt hat, daß es auch andere Fälle der Verjährung gibt, in denen es sich nicht um Ansprüche handelt, daß der vorgebrachte doktrinäre Grund nicht blos ungenügend, sondern auch unrichtig ist.

Hiernach ist also dadurch, daß man in der Verjährungslehre statt Anspruch Forderung setzt, und diesen Begriff im B. G. überall korrekt durchführt, noch nicht geholfen. Man muß auf eine erschöpfende einheitliche Bestimmung des Gegenstandes der Verjährung überhaupt verzichten, und in § 154 den „Forderungen ohne Rücksicht auf den Grund der Verbindlichkeit" „andere Berechtigungen" hinzufügen. Man hat dann die Wahl, ob man diese hier schon im Einzelnen aufführen oder nur den allgemeinen Hinweis, „wenn dies im Einzelnen bestimmt ist", aufnehmen will.

§ 154 Abs. 2 würde zu streichen, und im Familienrechte im Einzelnen zu prüfen sein, ob sich dort wirkliche Forderungen ergeben, bei denen die Verjährung ausgeschlossen werden muß.

Unter den Berechtigungen, welche statt der Verjährung dem Rechtsverluste in Folge Ablaufes der Ausschlußfrist ausgesetzt sind, finden sich zwei Fälle, in denen es sich unzweifelhaft um Forderungen (Ansprüche im Sinne des B. G.) handelt. Nach § 922 erlischt die Forderung auf Herausgabe der Bereicherung gegen den Finder, wenn

---

[1]) Dementsprechend würde auch § 847, welcher die aus eingetragenen Rechten hervorgehenden „Ansprüche" der Verjährung entzieht, auf diese Rechte selbst abzustellen sein. — Vielleicht könnte die Bestimmung in den Verjährungsabschnitt gezogen werden.

Digitized by Google

sie nicht binnen drei Jahren seit dem Erwerbe des Eigenthumes der Sache rechtshängig geworden ist. Forderungen aus Schuldverschreibungen auf den Inhaber erlöschen mit 30 Jahren und, soweit es sich um Kupons und Dividendenscheine handelt, mit 4 Jahren seit der Fälligkeit (§ 691). Der Grund, aus dem man diese Fälle nicht oder nicht ausschließlich der „Anspruchsverjährung" unterstellt hat, liegt nach den Motiven für den ersten Fall lediglich darin, daß man jeder ferneren Ungewißheit ein Ende machen wollte.[1]) Bei den Inhaberpapieren hat man von der gewöhnlichen Verjährung deshalb abgesehen, weil die Grundsätze über Hemmung und Unterbrechung nicht passen, und weil theoretische Zweifel darüber entstanden, ob der Anspruch jedes Inhabers ein neuer sei, und wie es zu beurtheilen sei, wenn der Aussteller selbst zeitweilig Inhaber des Papieres gewesen sei.

Als Ausschlußfrist für eine Forderung ist nach dem früher Ausgeführten[2]) auch die Bestimmung des § 824 B. G.[3]) hinsichtlich der verbotenen Eigenmacht gegen den Besitzer anzusehen, wenn man sie der direkten Beziehung auf prozessualische Handlungen entkleidet.

Andere Fälle der Befristung betreffen das Recht auf Wiederherstellung der Errungenschaftsgemeinschaft, welches erlischt, wenn es nicht vor dem in § 1430 bestimmten dies incertus quando rechtshängig geworden ist, sowie das Recht zum Widerruf von Schenkungen geschiedener Ehegatten. Letzteres erlischt nach § 1453 mit Ablauf eines Jahres seit der Rechtskraft des Scheidungsurtheiles.

Ferner sind die Befugniß, Scheidung oder Trennung einer Ehe zu verlangen, sowie das Recht zur Ausschlagung einer Erbschaft an eine Frist gebunden. Das beneficium inventarii geht durch Versäumung der Inventarfrist verloren.[4]) Privilegirte Testamente verlieren durch Fristablauf ihre Kraft, wenn der Erblasser noch lebt und kein ordentliches Testament errichtet hat. Die meisten Fälle der Präklusivfrist betreffen aber Anfechtungsrechte, namentlich die Anfechtung von Rechtsgeschäften, insbesondere von letztwilligen Verfügungen, Annahme und Ausschlagung von Erbschaften, ferner die Anfechtung einer Ehe, der Ehelichkeit der Kinder und der Anerkennung derselben, sowie die Anfechtung eines Erbschaftsanfalles wegen Erbunwürdigkeit.[5])

---

[1]) Mot. III S. 386.

[2]) S. o. § 5 S. 43.

[3]) Nach § 979 auch für Störungen in Bezug auf Grundgerechtigkeiten anwendbar.

[4]) §§ 1447, 2030, 2097, 1926, 1928, 1930, 1931 Abs. 2 B. G.

[5]) §§ 104, 1785, 1948, 2040, 2041, 1264, 1473, 1478, 2046.

Digitized by Google

In dem Theilentwurfe des Redaktors[1]) hatte die Bestimmung über die Wirkung der Verjährung folgende Fassung: „Die vollendete Verjährung hebt den Anspruch, soweit das Gesetz nicht ein Anderes bestimmt, vollständig auf. Der Richter darf die Verjährung nicht von Amtswegen berücksichtigen.“[2])

In den Motiven zum Theilentwurfe heißt es: „Der Zweck der Verjährung wird nur erreicht, der Rechtsfriede nur gewahrt, wenn dem verjährten Anspruche jegliche rechtliche Bedeutung versagt, der thatsächliche Zustand in einen rechtlichen umgewandelt wird.“ Es wird auch darauf hingewiesen, daß fast sämmtliche neueren Gesetze über kurze Verjährung das Erlöschen der Forderung in Folge der Verjährung statuiren. Bezüglich des Schlußsatzes wird ganz richtig bemerkt, daß derselbe keineswegs eine bloße Konsequenz der Verhandlungsmaxime sei,[3]) sondern das Erforderniß aufstelle, daß der Eintritt der Verjährung bei der Entscheidung nur Berücksichtigung finden dürfe, wenn der Verpflichtete sich ausdrücklich auf denselben berufe. Es liege kein Grund vor, dem Verpflichteten den gebotenen Schutz aufzudrängen. Das öffentliche Interesse sei genügend gewahrt, wenn der Einzelne sich jeder Zeit auf die Verjährung berufen könne.

Der Theilentwurf hatte den ihm zu Grunde liegenden Gedanken, soweit der Schlußsatz in Betracht kommt, nicht ganz zutreffend ausgedrückt. Aber der Kommissionsentwurf hat auch hier Inhalt und Ausdruck noch doktrinärer, unpraktischer und unklarer zu gestalten gewußt. Er bestimmt: „Nach Vollendung der Verjährung steht dem Anspruche eine Einrede entgegen, durch welche die Geltendmachung des Anspruches dauernd ausgeschlossen wird“ (§ 182 Abs. 1).

Auf diese Art kommt die Verjährung niemals zu Ende. Zweierlei ist möglich. Der Gläubiger klagt die verjährte Forderung ein, obwohl er seine Abweisung voraussieht, welche denn auch unter Verurtheilung desselben in die Kosten erfolgt. Hat er nun wenigstens die Genugthuung, keine Forderung mehr zu haben? Keineswegs! Der Forderung steht jetzt statt

---

[1]) Wo die Benutzung der großen Materialien für die Sache förderlich scheint, lasse ich mich durch die von Vierhaus, Entstehungsgeschichte des Entwurfes S. 72 Anm. 4, geltend gemachten Bedenken von der Berücksichtigung derselben nicht abhalten, um so weniger, als dieselben jetzt in öffentlichen Bibliotheken zur Verfügung stehen. — Ueberhaupt theile ich die dort niedergelegten Anschauungen nicht, und halte die dort gebrauchten Bezeichnungen unrecht, bedauerlich, ungehörig, indiskret für unzutreffend.

[2]) Vergl. Art. 2223 code civil.

[3]) S. o. § 9 S. 99 A. 3.

Digitized by Google

alteter Thatbestände aufzuräumen, bezw. es zu hindern, daß eine Erörterung vermeintlicher Rechte auf veralteter Grundlage nothwendig wird. In Konsequenz dieses Gedankens würde man die Verjährung ganz unabhängig von der Parteidisposition zu stellen haben, und zwar müßte man, wenn man ganz konsequent sein wollte, auch die direkte und indirekte prozessualische Disposition der Parteien ausschließen.

In diesem Sinne hat auch § 185 B. G. Erschwerungen der Verjährung durch Parteidisposition untersagt.[1])

Im Gegensatze dazu halten wir es für sittlich verwerflich, wenn Jemand sich wissentlich seinen Verbindlichkeiten durch Vorschützen der Verjährung zu entziehen sucht. Deshalb legte das kanonische Recht auf die bona fides bei der Verjährung ein entscheidendes Gewicht.[2]) Durch diesen Gedanken ist auch das preußische Landrecht zu einschränkenden, aber praktisch recht verfehlten, Bestimmungen über die Verjährungswirkung gekommen.[3]) Dieser Gedanke bildet auch den inneren Grund für die, auch im gemeinen Rechte herrschende, Uebung, den Verjährungsthatbestand nur dann in Betracht zu ziehen, wenn Beklagter erklärt, von dem Verjährungsrechte Gebrauch machen zu wollen.

Es ist Aufgabe der Gesetzgebung, zu diesem Gedanken Stellung zu nehmen. Ich würde es für richtiger halten, demselben die rechtliche Anerkennung zu versagen. Denn jede, auch nur halbe, gesetzliche Berücksichtigung desselben beeinträchtigt die im öffentlichen Interesse liegenden Verjährungszwecke. Es werden Prozesse mit veralteten Thatbeständen nicht abgeschnitten. Dabei ist es aber nicht ausgeschlossen, das (aus sittlichen Rücksichten) auf die verjährte Schuld Gezahlte auch rechtlich nicht als Schenkung aufzufassen, und die Rückforderung desselben auszuschließen. Die Annahme des Fortbestehens einer Forderung ist zu

---

[1]) Ausnahmen in den §§ 397, 571, 691. Dagegen läßt das B. G. vertragsmäßige Erleichterungen zu. Vorzuziehen wäre m. E. die ganz allgemeine Fassung: „Voraussetzungen und Wirkung der Verjährung können durch Rechtsgeschäft nicht abgeändert werden." Abgesehen davon, daß Verträge über Kürzung kaum vorkommen werden, ist die Zulassung solcher Kürzungen durch das öffentliche Interesse nicht geboten. Es erscheint würdiger, das Institut im Ganzen der Parteidisposition zu entziehen. Andere Gründe gegen § 185 Abs. 2 bei Hölder S. 151.

[2]) cap. 20 X. de praescr. 2, 26. Innocentius III. in concilio generali. Quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est, synodali iudicio diffinimus, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio etc.

[3]) §§ 568, 569 I, 9 A. L. R., pr. P. S. 138.

Digitized by Google

diesem Zwecke nicht nothwendig.[1]) Es darf mit Fug darauf hingewiesen werden, daß bei allen denjenigen Forderungen und anderen Berechtigungen, welche das B. G. unter Ausschlußfristen gestellt hat, die Wirkung des Zeitablaufes in dem Erlöschen der Berechtigung besteht, ohne daß es auf das Verhalten des anderen Theiles irgendwie ankäme. Der bei der Bereicherungsforderung gegen den Finder für die Festsetzung einer Ausschlußfrist mit Rechtsverlust geltend gemachte Grund, daß jeder ferneren Ungewißheit ein Ende gemacht werden solle, trifft nicht blos in diesem speziellen Falle, sondern ebensowohl bei Forderungen anderer Art zu. Er kann geradezu als das der Verjährung überhaupt zu Grunde liegende Motiv bezeichnet werden.

Von diesem Standpunkte aus würde die Regelung des ersten Entwurfes unter Streichung des Schlußsatzes zu akzeptiren sein.

Hält man es dagegen für richtig, jenem Gedanken einen Einfluß auf die Gesetzgebung einzuräumen, so muß man die Regelung des B. G., welches die Verjährungswirkung schlechthin in das Belieben des Schuldners stellt, als eine Halbheit bezeichnen. Es wird dadurch allerdings dem Schuldner das gehässige onus aufgebürdet, die Verjährung ausdrücklich vorzuschützen, und dadurch wird Mancher abgehalten, sich der Verjährung zu bedienen. Aber der böswillige und mit der nöthigen Dreistigkeit versehene Schuldner wird dadurch nicht getroffen. Es würde sich deshalb fragen, ob man nicht die Wirkung der Verjährung auf eine bloße Präsumtion der Befriedigung beschränken könnte, welche durch den Beweis der Nichtbefriedigung für sich allein oder in Verbindung mit dem Nachweis der mala fides entkräftet werden könnte. Eine größere Beeinträchtigung des Verjährungszweckes würde dadurch auch kaum herbeigeführt.[2])

Will man aber inhaltlich auf dem Standpunkte des B. G. verbleiben, so empfiehlt sich eine Fassung, welche den unklaren Begriff der materiellen Einrede vermeidet, also wenn man sich inhaltlich ganz genau anschließen will: „Die Forderung ist als mit der Vollendung der Verjährung erloschen anzusehen, wenn auf die im Rechtsstreite abgegebene Erklärung des Schuldners, daß er von dem Verjährungsrechte Gebrauch mache, die Forderung rechtskräftig abgewiesen wird."

Einfacher und im Wesentlichen auf dasselbe hinauskommend wäre die Fassung: „Die nach Vollendung der Verjährung dem Gläubiger gegenüber abgegebene Erklärung des Schuldners, daß er von dem Ver-

[1]) Vergl. Hölder S. 150.

[2]) Auch der Ausschluß von Verträgen über Verjährung wäre dann kaum gerechtfertigt.

Digitized by Google

jährungsrechte Gebrauch mache, bewirkt, daß die Forderung als mit dem Zeitpunkte der Vollendung der Verjährung erloschen anzusehen ist."[1])

§ 182 Abs. 2 wäre wohl passender zu § 737 B. G. zu setzen. — Die jetzige Fassung des B. G. soll nach den Motiven die Aufrechnung mit verjährten Forderungen auch dann ausschließen, wenn zur Zeit des Eintrittes der Kompensationsmöglichkeit die Verjährung noch nicht vollendet war.[2]) Die Gründe sind wiederum wesentlich doktrinärer Natur. Der Gerechtigkeit und dem Verkehrsbedürfnisse dürfte der Ausschluß kaum entsprechen.[3]) Will man gleichwohl daran festhalten, so wäre die Regel an Stelle des zu beseitigenden § 281 Abs. 2 bestimmt zum Ausdrucke zu bringen.

Daß die Unabhängigkeit der Verjährung des Pfandrechtes von der Verjährung der persönlichen Forderung deutlicher als dies im § 183 geschehen ist, zum Ausdrucke zu bringen wäre, ist bereits dargelegt.[4])

Hiermit ist aber nur die Wirkung der Verjährung von Forderungen oder Ansprüchen normirt. Wie ist es mit der Wirkung der Verjährung bei anderen Rechten, bei dem Rechte der Wandelung und Minderung, bei den Rechten auf Unterlassung? Hier scheint es mir noch dringender nothwendig als bei den Forderungen, daß schlechthin bestimmt wird: Diese Rechte erlöschen mit der Vollendung der Verjährung. Will man das aber nicht, sondern auch hier den Standpunkt des B. G. wahren, so wäre in den betreffenden Vorschriften hinter „Forderung" der Zusatz „oder andere Rechte" zu machen. In beiden Fällen wäre eine größere Eleganz erreicht, als sie die jetzige Normirung aufweist. Namentlich käme auch die Bestimmung über die Verjährung der einredeweisen Geltendmachung[5]) in Wegfall.

§ 184 Abs. 2 verordnet: „Bei selbständigen wiederkehrenden Leistungen ist mit der Verjährung des Anspruches im Ganzen auch der Anspruch auf die bis dahin verfallenen Leistungen verjährt". Die Vorschrift steht im Zusammenhange mit § 160: „Hängen wiederkehrende Leistungen von einem Hauptrechte nicht ab, so beginnt die Verjährung des Anspruches im Ganzen mit dem Zeitpunkte, in welchem die Verjährung des Anspruches auf eine Leistung begonnen hat."

Man will offenbar bestimmen, daß bei einem Rechte auf wiederkehrende Leistungen, welche nicht als Nebenforderungen sich charakterisiren,

---

[1]) Uebereinstimmend Hölder, S. 148 bis 150. A. M. Hartmann im Archiv f. d. civilist. Praxis Bd. 73 S. 347.

[2]) Vergl. den § 281 Abs. 2 B. G. (s. o. § 9 S. 108) und Mot. I S. 315, 343, II S. 106.

[3]) Uebereinstimmend Hölder, S. 146, Hartmann a. a. O. S. 348.

[4]) S. o. § 8 S. 94 A. 1.

[5]) S. o. § 8 S. 86.

Digitized by Google

die Verjährung der Forderung auf eine Leistung den Verlust des Rechtes im Ganzen nach sich ziehen soll. Durch das Kleben an der Bezeichnung Anspruch und die damit in Verbindung stehenden, in den Motiven mitgetheilten, doktrinären Erwägungen hat man die Fassung unnöthig komplizirt.

§ 160 kann, ohne daß inhaltlich etwas geändert wird, ganz gestrichen werden, und § 184 Abs. 2 würde dann lauten: „Hängen wiederkehrende Leistungen von einem Hauptrechte nicht ab, so ist mit der Verjährung einer Leistung auch das Recht auf die wiederkehrenden Leistungen im Ganzen erloschen". Richtiger dürfte es aber wohl sein, die Bestimmung ganz zu streichen, da es an einem genügenden Grunde für diese Erweiterung der Verjährungswirkung fehlt.[1])

Auch in § 184 Abs. 1 würde statt Hauptanspruch besser Hauptrecht und nicht Hauptforderung gesagt, da das Hauptrecht sehr wohl ein solches sein kann, welches sich nicht als Anspruch oder Forderung charakterisirt.

Bei der Bestimmung der Dauer der Verjährungszeit ist die denkbar bunteste Mannigfaltigkeit erreicht. Es gibt Fristen von 2 Wochen,[2]) 1 Monat,[3]) 6 Wochen, 6 Monaten, 1 Jahre, 2, 3, 4, 5 und 30 Jahren.[4]) Jedenfalls wird Niemand auf den Gedanken kommen, die Verjährungszeiten seinem Gedächtnisse einzuprägen. Warum bei Schadensersatz gerade 3 Jahre nöthig sind und nicht auch 4 Jahre angehen, und warum umgekehrt Forderungen wegen Baufehler statt mit der Verjährungszeit von 5 Jahren nicht ebenfalls mit einer solchen von 4 Jahren auskommen können, ist mir nicht klar geworden.

Was den Beginn der Verjährung anbetrifft, so ist, wie schon bemerkt wurde,[5]) die Rechtsverletzungstheorie von dem B. G. glücklich überwunden.[6]) Sie konnte deshalb den unheilvollen Einfluß, den sie im Allgemeinen auf die Verjährungslehre geübt hat, hier nicht äußern.

Die Normirung des B. G. über den Beginn der Verjährung ist in den diese Materie zunächst behandelnden §§ 158 bis 160 nicht erschöpfend gegeben. Es treten die Bestimmungen über Hemmung der

---

[1]) In allem Wesentlichen übereinstimmend Hölder, S. 143 und S. 150. Vergl. Gierke, S. 1261.

[2]) Gegen diese Frist Bähr S. 370.

[3]) Warum nicht statt dieser unbestimmten Zeit (28—31 Tage) die bestimmte von 4 Wochen?

[4]) Vergl. §§ 407, 732, 411, 397, 1230, 156, 1578, 719, 1952, 1993, 157, 571 B. G.

[5]) S. o. § 8 S. 76.

[6]) Mot. I S. 307.

Digitized by Google

Verjährung (§§ 162 bis 168) hinzu, da nach § 161[1]) die Hemmung zugleich die Bedeutung hat, daß während derselben eine Verjährung auch nicht beginnen kann. Die Regelung würde an Durchsichtigkeit gewinnen, wenn die Normen über Hemmung zunächst nur auf den Beginn abgestellt würden. Es wäre dann statt § 161 etwa zu bestimmen: „Ein Zeitraum, während dessen ein Umstand besteht, welcher den Beginn der Verjährung hindern würde, ist in die Verjährungsfrist nicht einzurechnen."

Es lag nahe, für den Beginn der Verjährung von Forderungen mit der römischen potestas experiundi grundsätzlich von dem Zeitpunkte auszugehen, in dem die Möglichkeit sofortiger Rechtsverfolgung und als deren nothwendige Voraussetzung Fälligkeit der Forderung vorliegt. Die nähere Bestimmung der Fälligkeit, „Zeitpunkt, an welchem die Befriedigung rechtlich verlangt werden kann" (§ 158 Abs. 1), erscheint, namentlich an diesem Orte und in dieser Form, wohl entbehrlich. Nicht minder wird es der Bemerkung in Abs. 2, nach welcher Bedingung und Befristung den Beginn (letztere eventuell auch den Fortgang) der Verjährung hindern, kaum bedürfen.[2]) Daher könnte auch § 159 einfacher lauten: „In den in den §§ 156, 157 bezeichneten Fällen beginnt die Verjährung erst mit dem auf die Fälligkeit folgenden Jahresschluß."

Ueberflüssig und irreführend ist auch der § 163. Die Forderung des Pfandeigenthümers auf Rückgewähr des Pfandes entsteht erst mit dem Untergange des Pfandrechtes. Warum ist da zu bestimmen, daß der Bestand des Pfandrechtes die Verjährung hemme[3])? Das hätte nur Sinn, wenn es sich um eine Verjährung des Eigenthumes und nicht der bloßen Rückgabeforderung handelte.

Es fragt sich nun aber vor Allem, ob der angenommene Zeitpunkt der grundsätzlich richtige ist, und ob die Regel ausnahmslos durchgeführt werden darf.

Gegen das Erforderniß der „Klagbarkeit" hat sich namentlich Kohler[4]) entschieden ausgesprochen. Bei Aufstellung dieses Erfordernisses verkenne man das Verjährungsinstitut, welches die Ansprüche nach Ablauf einer bestimmten Zeit in seinem Schoße begraben wolle ohne Rücksicht auf die individuellen Verhältnisse, nicht wegen einer Lässigkeit des Gläubigers, sondern nach dem Prinzipe, daß alle Spannungen,

[1]) der übrigens sehr wohl entbehrlich wäre. Goldschmidt, S. 79.

[2]) Uebereinstimmend Hölder S. 142.

[3]) Uebereinstimmend Hölder S. 147, Meischeider, die alten Streitfragen S. 67 und Goldschmidt S. 122.

[4]) a. a. O. S. 18.

Digitized by Google

welche geraume Zeit ihre Lösung nicht gefunden haben, nicht mehr fähig seien, die Zeit zu überdauern, und darum neuen Lebensbeziehungen Raum geben müßten.

Das Gewicht des Einwandes ist nicht zu verkennen. Am besten würde man demselben gerecht, wenn man die Verjährung von vornherein nicht auf die Forderung, sondern auf das berechtigende Verhältniß im Ganzen bezöge. Will und kann man das aber aus anderen Rücksichten nicht, so wird man den Gedanken nur in der Weise verwirklichen können, daß man von dem Erforderniß der Fälligkeit und Klagbarkeit *Ausnahmen* macht. Als grundsätzlichen Ausgangspunkt wird man die Fälligkeit bei einer *Forderungsverjährung* nicht wohl entbehren können.

In diesem Sinne hat das B. G. in § 158 Abs. 3 und 4 und in § 162 Abs. 2 und 3 Ausnahmen aufgestellt, deren *Inhalt* meistens zu billigen ist, während die *Form* freilich weniger doktrinär sein könnte.

Statt § 158 Abs. 3 und 4 könnte weit einfacher gesagt werden: „Doch wird durch den Umstand, daß die Fälligkeit von einer Kündigung oder einer anderen Willenserklärung des Berechtigten abhängt, der Beginn der Verjährung nicht hinausgeschoben. Die Verjährungsfrist wird aber um die Kündigungsfrist verlängert." So wäre es namentlich erreicht, daß das „*bloße* Wollen"[1]) aus dem Gesetzbuche entfernt und seiner Heimath, dem Katheder, zurückgestellt würde.

Als Ausnahme von dem Erfordernisse der Fälligkeit und Klagbarkeit würde es vielleicht auch aufgefaßt werden können, daß die Abhängigkeit von einer Gegenleistung, das Entgegenstehen eines Zurückbehaltungsrechtes, das Erforderniß der zuvorigen Inanspruchnahme des Hauptschuldners, endlich der durch das beneficium inventarii gewährte Forderungsnachlaß, ferner Anfechtbarkeit und Kompensabilität dem Beginne der Verjährung nicht entgegenstehen, obwohl das im Einzelnen zweifelhaft und von der Gestaltung, welche diese Einrichtungen in dem B. G. erhalten, abhängig sein mag. Jedenfalls erscheint die Bestimmung, daß die vorerwähnten Umstände den Beginn der Verjährung nicht hindern, mit Ausnahme des bereits erwähnten Falles der *Kompensation*,[2]) inhaltlich gerechtfertigt, und es ist auch nothwendig, daß dieselbe zum besonderen Ausdrucke gebracht wird. Die in § 162 Abs. 2 gebrauchte Bezeichnung „Einrede" ist natürlich zu beseitigen. Auch wird es sich empfehlen, die entsprechend umgestalteten Bestimmungen des § 162 Abs. 2 und 3 dem § 158 als Abs. 3 hinzuzufügen.

[1]) Windscheid, Pandekten I § 107, sagt der „nackte Wille".

[2]) S. o. S. 126.

Digitized by Google

Dem § 162 Abs. 1[1]) ist bereits, soweit er den Ausschluß der Rechtsverfolgung durch künftige besondere Sistirungsgesetze betrifft, mit Recht entgegengehalten, daß man es diesen Gesetzen füglich überlassen könne, auch die Wirkung der von ihnen anzuordnenden Sistirung vorzuschreiben. Im Uebrigen bleibt dann für die Vorschrift der Inhalt: „Die Verjährung wird durch jedes rechtliche Hinderniß gehemmt, welches vermöge der Beschaffenheit des Anspruches die Rechtsverfolgung nicht gestattet", oder einfacher ausgedrückt: „Die Verjährung ist gehemmt, so lange die Beschaffenheit der Forderung die Rechtsverfolgung nicht gestattet".

Die Motive (I S. 313) sagen, der Schwerpunkt der Vorschrift liege auf dem Gebiete der Einreden im engeren Sinne, vornehmlich der verzögernden Einreden. Nun sind aber, wie früher ausgeführt wurde,[2]) sämmtliche in dem B. G. vorkommenden peremtorischen[3]) und verzögernden Einreden im engeren Sinne durch § 162 Abs. 2 wieder ausgenommen, so daß in dieser Beziehung für die Vorschrift kein Anwendungsgebiet bleibt. Die beiden Beispiele, welche die Motive gewählt haben, Stundungseinrede und Einrede des Miethers gegenüber dem Eigenthumsanspruche, sind, wie ebenfalls bereits dargelegt wurde,[4]) zu den Einreden im Sinne des B. G. nicht zu rechnen. Es fehlt in beiden Fällen an einer präsenten Forderung. Für den Fall der Miethe wird auch ohne den § 162 Abs. 1 Niemand auf den Gedanken kommen, die Rückgabeforderung des Eigenthümers vor dem Ablauf des Miethsrechtes der Verjährung auszusetzen.

Für die Stundung ist allerdings die Spezialvorschrift: „Stundung hemmt die Verjährung" wünschenswerth. Denn einerseits ist die Ansicht, daß die Stundung das Dasein der Forderung aufhebt, keineswegs anerkannt. Andererseits würde die Konsequenz dieser Ansicht zu der, in diesem Falle vielleicht unzweckmäßigen, Unterbrechung der Verjährung führen.

Dann ist aber § 162 Abs. 1 mit seiner doktrinären, auf unklare Grundbegriffe gebauten, Fassung ganz entbehrlich, oder doch dadurch zu ersetzen, daß in § 158 Abs. 1 neben der Fälligkeit die Möglichkeit der sofortigen Rechtsverfolgung genannt wird.

Bezüglich der in § 165 angeordneten Hemmung der Verjährung wegen Hinderung der Rechtsverfolgung durch höhere Gewalt bemerken

---

[1]) Vgl. zum Folgenden Meischeider, a. a. O. S. 63—67.

[2]) S. o. § 9 S. 108.

[3]) Die Einreden der Verjährung und der rechtskräftigen Abweisung kommen schon an sich nicht in Betracht.

[4]) S. o. § 9 S. 105, 106.

Digitized by Google

die Motive:[1]) „Wissenschaft nnd Praxis verbinden mit dem Ausdrucke einen bestimmten, der Verdeutlichung durch Gesetz sich entziehenden Sinn". Auch wenn man diesen Satz nicht unterschreiben kann, wird man mit dem Gebrauche des Ausdruckes in der Gesetzessprache einverstanden sein können.

In § 166 Abs. 1 wird man die „juristische Person", gegen welche die Verjährung beginnt und läuft, gern entbehren.[2])

Für gewisse Arten von Forderungen ist ein besonderer Beginn normirt: In einzelnen dieser Fälle richtet sich der Beginn nach objektiven Momenten. So beginnt die Verjährung der Beschädigung durch Ausguß und Auswurf aus einem Gebäude mit dem Zeitpunkte der Beschädigung (§ 732), die Verjährung der Forderungen aus Aufhebung eines Verlöbnisses mit der Aufhebung (§ 1230), die Verjährung der Forderungen der Geschwängerten aus der außerehelichen Schwängerung mit Ablauf von 6 Wochen nach der Geburt des Kindes (§ 1578),[3]) endlich die Verjährung der Forderung auf Herausgabe der Bereicherung, welche der Vertragserbe gegen einen vom Erblasser Beschenkten hat, mit dem Anfall der Erbschaft (§ 1952).

In zwei anderen Fällen, dem Schadensersatze für unerlaubte Handlungen (§ 719) und der Pflichttheilsforderung (§ 1999), muß das subjektive Moment der Kenntniß des Berechtigten hinzukommen.

Für die Fälle, in denen der Gegenstand der Verjährung etwas Anderes ist als eine Forderung (Anspruch), paßt die gegebene allgemeine Regelung über Beginn und Hemmung nicht, oder doch nicht ohne Weiteres. Für einzelne dieser Fälle, nämlich für das Recht der Wandelung und Minderung und die damit verwandten Rechte, ist der Beginn besonders normirt.[4]) Dagegen fehlt es an einer Bestimmung bezüglich der Rechte auf Unterlassung, für welche, wie früher ausgeführt wurde[5]) die Normen über den Beginn bei der Forderungsverjährung durchaus nicht passen.

---

[1]) I S. 317 a. E.

[2]) Zu den Spezialvorschriften über Hemmung gehören auch noch §§ 694, 1999 Abs. 3.

[3]) § 1577 Abs. 1 wendet sich dem Wortlaute nach gegen die Verpflichtung zum Ersatze des Unterhaltes einer Person für die Zeit nach ihrem Tode. Erst die Motive (IV S. 911) geben die Aufklärung, damit aber auch den Beweis, daß die Fassung unhaltbar ist. Die Fassung: „bis zur Dauer von 6 Wochen" in Satz 1 dürfte den Schlußsatz entbehrlich machen. Analoge Kuriosa in den §§ 1557, 1501, 1762, 1440, 1704, 1735, 1745, 1611. Vergl. Goldschmidt S. 117, 174 ff.

[4]) Vergl. §§ 397, 407, 411, 571, 579 B. G.

[5]) S. o. § 8 S. 83.

Digitized by Google

Hier wäre positiv zu bestimmen, daß die Verjährung erst mit der Zuwiderhandlung beginnt.

Ebenso müßten für die dinglichen Rechte besondere Bestimmungen gegeben werden, wenn sie im Ganzen der Verjährung unterworfen werden sollen.

Bei der Unterbrechung[1]) der Verjährung (§§ 169 bis 180) würde ich zunächst die Fälle der Unterbrechung durch Theilzahlung, Pfand und Bürgschaft nicht unter die Anerkennung stellen. Es liegt darin etwas Fiktives, und es besteht dafür keine Veranlassung. Es wäre also statt „insbesondere" „ferner" zu sagen. Im Uebrigen muß der Paragraph auch bei Fällen Anwendung finden, in denen es sich nicht um Ansprüche oder Forderungen handelt. Er wäre also auf Berechtigungen abzustellen.

Eine klare Unterscheidung zwischen Forderungen (Ansprüchen) und anderen Gegenständen erfordert zugleich eine Aenderung des § 170 zu Anfang: „Die Verjährung wird unterbrochen, wenn der Berechtigte auf Befriedigung oder Feststellung des Anspruches Klage erhebt."

Die C. P. O., auf welche die Motive[2]) dabei Bezug nehmen, spricht überall von der Feststellung eines Rechtsverhältnisses, nicht von Feststellung eines Anspruches.[3])

Für den Fall der Verjährung, an welchen das B. G. zunächst denkt, die Verjährung von präsenten vollkommenen Forderungen, kann nur von der Leistungsklage die Rede sein. Hier ist also die Erwähnung der Feststellungsklage kaum vonnöthen. Dagegen paßt die Vorschrift, so wie sie gefaßt ist, nicht auf die anderen Fälle der Verjährung, in denen es sich nicht um Forderungen handelt. Hier muß jedenfalls die Feststellungsklage als Unterbrechungsmittel zugelassen werden, aber nicht die Klage auf die Feststellung eines „Anspruches", sondern die Klage auf Feststellung des Rechtsverhältnisses.

Im Uebrigen würde zu erwägen sein, ob die Unterbrechung der Verjährung durch Rechtsverfolgung nicht einfacher und ohne einen so speziellen Anschluß an das formelle Recht gestaltet werden könnte. Würde nicht durch eine allgemeine Bestimmung, dahin gehend, daß durch

---

[1]) Gegen den Ausdruck Hölder S. 146.

[2]) I S. 327.

[3]) Vergl. §§ 231, 253 C. P. O. § 254 darf darin nicht irre führen. Der dort gemeinte „Anspruch" ist in der Anwendung auf § 253 der prozessualische Anspruch oder das Begehren auf Feststellung des Verhältnisses, nicht ein festzustellender privatrechtlicher Anspruch. — Anders verhält es sich mit der „Feststellung" von Forderungen nach § 134 K. O.

Digitized by Google

jede, auf Geltendmachung des Rechtes vor der zur Feststellung zuständigen Behörde oder Schiedsgericht gerichtete, Handlung die Verjährung unterbrochen wird, die Spezialisirung dieser Geltendmachung in Klageerhebung, Zustellung des Zahlungsbefehles, Anmeldung im Konkurse, Geltendmachung vor dem Schiedsgerichte, besonderen Gerichte, Verwaltungsgerichte, Verwaltungsbehörde,[1]) Anrufung einer Vorentscheidung[2]) vermieden werden?

Dann bedarf es auch der Vorschriften über Dauer der Unterbrechung[3]) nicht. Jede weitere Handlung unterbricht von Neuem, es beginnt aber sofort eine neue Verjährung.

Endlich wäre zu prüfen, ob nicht auch auf das Wiedererlöschen der Unterbrechung[4]) verzichtet werden könnte. Man hätte dann den Standpunkt einzunehmen, daß, wenn die Handlung an und für sich geeignet war, eine Unterbrechung herbeizuführen, für die Folge nur vom Beginne einer neuen Verjährung die Rede sein kann.

Die so erzielte größere Einfachheit und Durchsichtigkeit würde auch der Unterbrechung der Ersitzung zu Gute kommen, auf welche nach § 887 ein großer Theil dieser Normen Anwendung finden soll.

Eine besondere Bemerkung muß sich außerdem an das in § 171 B. G. gebrauchte Wort „Prozeßvoraussetzung" anknüpfen. An sich kann es nur erfreulich sein, wenn Bülows bahnbrechende Schrift „Die Lehre von den Prozeßeinreden und den Prozeßvoraussetzungen" endlich den ihr gebührenden Einfluß auf die Gesetzgebung bekommt, den sie, obwohl schon 1868 erschienen, auf die 1877 Gesetz gewordene C. P. O. nicht zu gewinnen vermochte. Vor Allem sollte man nun Veranlassung nehmen, die Mißverständnisse, welche die ältere Lehre in Bezug auf die sog. prozeßhindernden Einreden im Gefolge gehabt hat,[5]) aus der C. P. O. zu entfernen, und danach insbesondere die §§ 247 ff. C. P. O. einer entsprechenden Umarbeitung zu unterziehen.

Eine andere Frage ist es aber, ob der Ausdruck Prozeßvoraussetzungen, so wie es geschehen, in das B. G. zu übernehmen und damit

---

[1]) Der Fall der Anrufung einer unzuständigen Behörde könnte vielleicht als Fall der Hemmung auf 1 Jahr normirt werden. Vergl. Hölder S. 147. Außerdem wäre, wie schon von anderer Seite bemerkt ist, zu erwägen, ob nicht dasselbe auch bezüglich anderer prozessualischer Verstöße zu bestimmen wäre.

[2]) §§ 170 Abs. 1, Abs. 2 Z. 1 u. 2, 179, 180.

[3]) §§ 174, 175, 176 Abs. 1, 176 Abs. 3. Damit würde auch die wenig schöne Bestimmung des § 178 entbehrlich.

[4]) §§ 171, 172, 173, 176 Abs. 2.

[5]) S. o. § 1 S. 4.

Digitized by Google

Hier wäre positiv zu bestimmen, daß die Verjährung erst mit der Zuwiderhandlung beginnt.

Ebenso müßten für die dinglichen Rechte besondere Bestimmungen gegeben werden, wenn sie im Ganzen der Verjährung unterworfen werden sollen.

Bei der Unterbrechung[1]) der Verjährung (§§ 169 bis 180) würde ich zunächst die Fälle der Unterbrechung durch Theilzahlung, Pfand und Bürgschaft nicht unter die Anerkennung stellen. Es liegt darin etwas Fiktives, und es besteht dafür keine Veranlassung. Es wäre also statt „insbesondere" „ferner" zu sagen. Im Uebrigen muß der Paragraph auch bei Fällen Anwendung finden, in denen es sich nicht um Ansprüche oder Forderungen handelt. Er wäre also auf Berechtigungen abzustellen.

Eine klare Unterscheidung zwischen Forderungen (Ansprüchen) und anderen Gegenständen erfordert zugleich eine Aenderung des § 170 zu Anfang: „Die Verjährung wird unterbrochen, wenn der Berechtigte auf Befriedigung oder Feststellung des Anspruches Klage erhebt."

Die C. P. O., auf welche die Motive[2]) dabei Bezug nehmen, spricht überall von der Feststellung eines Rechtsverhältnisses, nicht von Feststellung eines Anspruches.[3])

Für den Fall der Verjährung, an welchen das B. G. zunächst denkt, die Verjährung von präsenten vollkommenen Forderungen, kann nur von der Leistungsklage die Rede sein. Hier ist also die Erwähnung der Feststellungsklage kaum vonnöthen. Dagegen paßt die Vorschrift, so wie sie gefaßt ist, nicht auf die anderen Fälle der Verjährung, in denen es sich nicht um Forderungen handelt. Hier muß jedenfalls die Feststellungsklage als Unterbrechungsmittel zugelassen werden, aber nicht die Klage auf die Feststellung eines „Anspruches", sondern die Klage auf Feststellung des Rechtsverhältnisses.

Im Uebrigen würde zu erwägen sein, ob die Unterbrechung der Verjährung durch Rechtsverfolgung nicht einfacher und ohne einen so speziellen Anschluß an das formelle Recht gestaltet werden könnte. Würde nicht durch eine allgemeine Bestimmung, dahin gehend, daß durch

---

[1]) Gegen den Ausdruck Hölder S. 146.

[2]) I S. 327.

[3]) Vergl. §§ 231, 253 C. P. O. § 254 darf darin nicht irre führen. Der dort gemeinte „Anspruch" ist in der Anwendung auf § 253 der prozessualische Anspruch oder das Begehren auf Feststellung des Verhältnisses, nicht ein festzustellender privatrechtlicher Anspruch. — Anders verhält es sich mit der „Feststellung" von Forderungen nach § 134 K. O.

Digitized by Google

jede, auf Geltendmachung des Rechtes vor der zur Feststellung zuständigen Behörde oder Schiedsgericht gerichtete, Handlung die Verjährung unterbrochen wird, die Spezialisirung dieser Geltendmachung in Klageerhebung, Zustellung des Zahlungsbefehles, Anmeldung im Konkurse, Geltendmachung vor dem Schiedsgerichte, besonderen Gerichte, Verwaltungsgerichte, Verwaltungsbehörde,[1]) Anrufung einer Vorentscheidung[2]) vermieden werden?

Dann bedarf es auch der Vorschriften über Dauer der Unterbrechung[3]) nicht. Jede weitere Handlung unterbricht von Neuem, es beginnt aber sofort eine neue Verjährung.

Endlich wäre zu prüfen, ob nicht auch auf das Wiedererlöschen der Unterbrechung[4]) verzichtet werden könnte. Man hätte dann den Standpunkt einzunehmen, daß, wenn die Handlung an und für sich geeignet war, eine Unterbrechung herbeizuführen, für die Folge nur vom Beginne einer neuen Verjährung die Rede sein kann.

Die so erzielte größere Einfachheit und Durchsichtigkeit würde auch der Unterbrechung der Ersitzung zu Gute kommen, auf welche nach § 887 ein großer Theil dieser Normen Anwendung finden soll.

Eine besondere Bemerkung muß sich außerdem an das in § 171 B. G. gebrauchte Wort „Prozeßvoraussetzung" anknüpfen. An sich kann es nur erfreulich sein, wenn Bülows bahnbrechende Schrift „Die Lehre von den Prozeßeinreden und den Prozeßvoraussetzungen" endlich den ihr gebührenden Einfluß auf die Gesetzgebung bekommt, den sie, obwohl schon 1868 erschienen, auf die 1877 Gesetz gewordene C. P. O. nicht zu gewinnen vermochte. Vor Allem sollte man nun Veranlassung nehmen, die Mißverständnisse, welche die ältere Lehre in Bezug auf die sog. prozeßhindernden Einreden im Gefolge gehabt hat,[5]) aus der C. P. O. zu entfernen, und danach insbesondere die §§ 247 ff. C. P. O. einer entsprechenden Umarbeitung zu unterziehen.

Eine andere Frage ist es aber, ob der Ausdruck Prozeßvoraussetzungen, so wie es geschehen, in das B. G. zu übernehmen und damit

---

[1]) Der Fall der Anrufung einer unzuständigen Behörde könnte vielleicht als Fall der Hemmung auf 1 Jahr normirt werden. Vergl. Hölder S. 147. Außerdem wäre, wie schon von anderer Seite bemerkt ist, zu erwägen, ob nicht dasselbe auch bezüglich anderer prozessualischer Verstöße zu bestimmen wäre.

[2]) §§ 170 Abs. 1, Abs. 2 Z. 1 u. 2, 179, 180.

[3]) §§ 174, 175, 176 Abs. 1, 176 Abs. 3. Damit würde auch die wenig schöne Bestimmung des § 178 entbehrlich.

[4]) §§ 171, 172, 173, 176 Abs. 2.

[5]) S. o. § 1 S. 4.

Digitized by Google

ganz beiläufig die Bülowsche Theorie gesetzlich zu sanktioniren ist. Dem Ausdrucke „Prozeßvoraussetzungen" liegt eine ganz bestimmte Vorstellung über das Wesen des Prozesses zu Grunde, nämlich die, daß mit dem Beginne eines Prozesses ein besonderes Rechtsverhältniß zwischen den Parteien und dem Gerichte entstehe, und daß das Vorhandensein jener Voraussetzungen die Vorbedingung für die Entstehung dieses Rechtsverhältnisses sei. Selbst wenn diese Theorie unzweifelhaft richtig wäre, würde es nicht erforderlich sein, dieselbe direkt in das Gesetz zu übernehmen, am wenigsten an dieser Stelle, an der auf das Prozeßrechtsverhältniß und dessen Begründung nichts ankommt. Es ist aber im Weiteren zu berücksichtigen, daß nicht nur über Umfang und Voraussetzungen des Prozeßrechtsverhältnisses tiefgehende Meinungsverschiedenheiten bestehen,[1]) sondern daß überhaupt bestritten wird, daß die Annahme eines solchen Prozeßrechtsverhältnisses für den Prozeß der Gegenwart nothwendig oder förderlich ist.[2])

Worüber, und zwar wesentlich auf der Grundlage Bülowscher Forschung, Einigkeit besteht und worauf es für den § 171 B. G. allein ankommt, ist, daß es Gründe gibt, aus denen das mit einem Prozesse befaßte Gericht die Sachentscheidung abzulehnen, absolutio ab instantia auszusprechen hat.[3]) Man könnte solche Gründe wegen dieser Funktion etwa Urtheilsvoraussetzungen nennen. Die Frage, ob sie mit den Prozeßvoraussetzungen, d. h. den Voraussetzungen des Prozeßrechtsverhältnisses, identisch sind, ob sie im Weiteren nur auf prozessualischer oder, wie die Einrede des Schiedsvertrages, auch auf privatrechtlicher Grundlage beruhen können,[4]) ist dabei ganz unerheblich. Warum also diese Dinge mit einander vermengen? Die Motive sagen:[5]) „gemeint sind alle Verstöße gegen Prozeßregeln, welche es zu einer sachlichen Entscheidung nicht kommen lassen". Das ist bis auf den Zusatz „gegen Prozeßregeln" ganz richtig. Die dabei gegebene Prophezeiung aber, daß der dafür gewählte Ausdruck „wegen Mangels einer Prozeßvoraussetzung" keinem Mißverständnisse begegnen werde, wird ganz gewiß nicht zutreffen.[6])

---

[1]) Vergl. Kohler, der Prozeß als Rechtsverhältniß.

[2]) Vergl. Zeitschr. S. 429 f. u. 425.

[3]) pr. P. S. 712 ff.

[4]) pr. P. S. 745, Zeitschr. S. 412.

[5]) I S. 330.

[6]) Es scheint, als wenn die Motive selbst späterhin (I S. 376) die Prozeßvoraussetzungen mit den sechs prozeßhindernden Einreden des § 247 C. P. O. identifiziren, und das wäre ein recht erhebliches Mißverständniß. Vergl. oben § 8 S. 99 A. 1.

Digitized by Google

Der Ausdruck „wenn die Sachentscheidung abgelehnt wird" ist völlig unzweideutig und harmlos und kann deshalb eventuell den Satz „wenn die Klage mangels einer Prozeßvoraussetzung abgewiesen wird" ersetzen.

Bei den Forderungen und anderen Berechtigungen, welche nicht der eigentlichen Verjährung, sondern einer Präklusivfrist unterliegen, ist der Beginn im Einzelnen festgesetzt. Auch hier werden entweder rein objektive Momente gewählt, oder es wird der Beginn von der Kenntniß des Berechtigten abhängig gemacht.[1])

Auf diese Fälle finden die Vorschriften über die Hemmung der Verjährung ohne Weiteres keine Anwendung. In zahlreichen Fällen ist aber bei der Präklusion eine Hemmung vorgesehen, sei es durch Spezialregelung, sei es durch eine theilweise Heranziehung des Verjährungsrechtes.[2])

Für die Anwendung der Sätze von der Unterbrechung der Verjährung ist hier kein Raum. Es handelt sich hier um Wahrung der Frist durch Geltendmachung, nicht um Unterbrechung.

Gierke[3]) nennt die Verjährung des B. G. „ein gekünsteltes und in sich widerspruchsvolles System, auf welches der Gesetzgeber schwerlich verfallen wäre, wenn es nicht von Windscheid als gemeines Pandektenrecht vorgetragen würde".

Höflicher ist der sächsische Rechtsanwalt Lehmann.[4]) Nach ihm ist „die Lehre von der Anspruchsverjährung in dem Entwurfe so vorzüglich gearbeitet, daß der Kritik nur wenig zu sagen bleibt".

Zur Verminderung von Prozessen wird freilich dieser Abschnitt wenig beitragen.

2. Rechtskraft.

§ 11.

Die Motive (I S. 369) haben bei der Lehre von der Rechtskraft den richtigen Ausgangspunkt genommen. Es handelt sich nicht um eine Wahrheitsfiktion, sondern um die, im Interesse der Rechtssicherheit nothwendige, Autorität des richterlichen Urtheiles. Nicht so ungetheiltes Lob verdient aber die Normirung im Einzelnen.

Die §§ 293 C. P. O. (in der durch Art. 11 E. G. abgeänderten Fassung) und 191 B. G. sollen, sich gegenseitig ergänzend, die Wirkung

---

[1]) Vergl. §§ 922, 824, 979, 1447, 1453 mit §§ 1264, 1473, 1785, 1948, 2040, 2046, 2097.

[2]) Vergl. §§ 694, 1786, 1926, 104 Abs. 3, 1264 Abs. 2, 1447 Abs. 3, 1473 Abs. 2, 1478, 1785 Abs. 3, 1948 Abs. 5, 2030 Abs. 2, 2040 Abs. 6, 2041, 2100.

[3]) S. 1258.

[4]) Gutachten aus dem Anwaltstande, S. 97.

Digitized by Google

ganz beiläu
Ausdrucke
über das
Beginn
Partei
Vor
ver
w

Seite regeln. Dieser Zweck wird
. Würde man § 191 genau nach
würde der Satz „das rechtskräftige Zu-
werden" die Wiederaufnahme des Ver-
C. P. O. und die Geltendmachung von „Ein-
C. P. O. ausschließen, während der Satz „das
kann nicht mehr geltend gemacht werden" für
verwendet werden kann, nämlich sowohl für die,
Urtheil" nur dann Wirkung habe, wenn das Be-
, d. h. positiv als nicht bestehend festgestellt werde, als
jedes sachlich abweisende Urtheil, also, wie nach klassischem
auf Grund dilatorischer Einwendungen er-
der ferneren Geltendmachung entgegensteht. Und wenn nun
hinsichtlich des ersten Punktes die Motive (I S. 368), welche auch
das Gesetz ergänzen, das Gegentheil feststellen, und auch hin-
des zweiten Satzes die Hoffnung bestehen bleibt, daß in Folge
praktischen Sinnes der Richter keine jener Ansichten die Herrschaft
gewinnen wird, so bleibt doch jedenfalls gegen die Bestimmung der Vor-
wurf bestehen, daß sie nichtssagend ist.

§ 293 C. P. O. neuer Fassung und § 191 B. G. sind in keiner Weise geeignet, die bestehenden zahlreichen und wichtigen Streitfragen über die Wirkungen der Rechtskraft zu beseitigen. Alle diese Kontroversen werden zu neuem Leben erstehen.

Zunächst die Frage nach dem Umfange der Rechtskraft. § 293 Abs. 1 wollte, was auch de lege ferenda durchaus zu billigen ist, diese Frage gegen Savigny dahin entscheiden, daß nur die Hauptentscheidung selbst in Rechtskraft übergeht, während ihre logischen Voraussetzungen und ihre logischen Konsequenzen nicht in dieser Weise festgestellt werden.

Unentschieden bleibt die, nur durch positive Entscheidung sicher zu lösende, Streitfrage, ob die Rechtskraft äußerlich auf die Entscheidungsformel beschränkt bleibt. Durch Einschaltung der Worte „in die Entscheidungsformel" in § 293 Abs. 1 könnte dieselbe abgeschnitten werden. Unentschieden, oder doch nicht mit zweifelloser Deutlichkeit entschieden, ist ferner die praktisch so überaus wichtige Frage, ob die Abweisung einer Theilforderung den rechtskräftigen Verlust der ganzen Forderung immer oder wenigstens dann nach sich ziehe, wenn der Theil nicht „individualisirt" war. Ich glaube allerdings — mit dem Reichsgericht —, daß das Gesetz die Frage verneinend entschieden hat.[1]) Da aber die angesehensten Prozessualisten und Civilisten, u. A. L. Seuffert, Zitelmann, Wach,

[1]) Vergl. Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 70 S. 341.

Digitized by Google

Windscheid, das Entgegengesetzte aus dem Gesetze herauslesen, so besteht keine Hoffnung, daß die Frage anders als durch gesetzliche Bestimmung erledigt werden wird.

Dieser Frage näher zu treten war um so mehr Veranlassung gegeben, als dieselbe in dem abgeänderten § 293 Abs. 2 insofern wiederkehrt, als es streitig ist, ob die Abweisung des zur Kompensation gestellten Theiles einer Forderung die ganze Forderung ergreift. Diese Streitfrage ist durch die neue Fassung des Absatzes in keiner Weise der Lösung näher geführt.

Würde der Abs. 2 in zwei Absätze getheilt, und etwa so gefaßt:

„Die Abweisung einer Theilforderung steht der Geltendmachung des überschießenden Betrages der Forderung in keinem Falle entgegen.

In dem gleichen Umfange ist die Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen einer zur Aufrechnung gebrachten Gegenforderung der Rechtskraft fähig."

so wäre ohne erhebliche Vermehrung der Worte die Beseitigung der Streitfrage erreicht, und damit der Zukunft viele nutzlose Arbeit erspart.

Prinzipiell wichtiger sind die Streitfragen, deren Lösung man von § 191 Abs. 1 erwarten mußte. Vorzugsweise handelt es sich auch hier um die Wirkung des abweisenden Urtheiles. Daß Urtheile, welche eine Sachentscheidung ablehnen, der Rechtskraft entbehren, wie die Motive (I S. 376) hervorheben, ist freilich unzweifelhaft. Zweifelhafter bleibt schon die Bedeutung der aus dilatorischen Gründen abweisenden Urtheile, von denen die Motive nicht sprechen. Ganz unentschieden bleibt aber die praktisch wichtige und auch nach dem geltenden Rechte zur einhelligen Lösung nicht gebrachte Frage, ob auch Abweisungen, welche wegen mangelnder Behauptung oder Beweisung der klagbegründenden Thatsachen ergehen, die etwa vorhandene Forderung beseitigen, oder ob, wie vielfach angenommen wird, die Abweisung wegen mangelnder Substantiirung nur die Bedeutung einer Abweisung in der angebrachten Art hat, so daß eine Wiederholung des Prozesses mit besserer Begründung möglich bleibt, eine Ansicht, welche auch heute noch u. a. in Wach, Dernburg und Planck Vertreter findet.[1])

Die Römer hatten in ihrem Konsumtionsprinzip bez. in dem ne bis de eadem re sit actio eine zwar höchst formalistische, aber sichere Regel, nach welcher die Wirkung des sachlich abweisenden Urtheiles in allen Fällen dieselbe sein mußte, nämlich Verlust der actio. Nachdem dieses römische Prinzip — und zwar mit vollem Rechte — aufgegeben ist,

[1]) Vergl. pr. P. S. 731.

Digitized by Google

des Urtheiles nach ihrer sachlichen Seite regeln. Dieser Zweck wird aber nur sehr unvollkommen erreicht. Würde man § 191 genau nach dem Wortsinne verstehen, so würde der Satz „das rechtskräftige Zuerkannte kann nicht mehr bestritten werden" die Wiederaufnahme des Verfahrens nach § 541 ff. C. P. O. und die Geltendmachung von „Einwendungen" nach § 686 C. P. O. ausschließen, während der Satz „das rechtskräftig Aberkannte kann nicht mehr geltend gemacht werden" für zwei extreme Ansichten verwendet werden kann, nämlich sowohl für die, daß das „abweisende Urtheil" nur dann Wirkung habe, wenn das Begehren aberkannt, d. h. positiv als nicht bestehend festgestellt werde, als auch für die, daß jedes sachlich abweisende Urtheil, also, wie nach klassischem römischen Rechte, auch das auf Grund dilatorischer Einwendungen ergangene der ferneren Geltendmachung entgegensteht. Und wenn nun auch hinsichtlich des ersten Punktes die Motive (I S. 368), welche auch hier das Gesetz ergänzen, das Gegentheil feststellen, und auch hinsichtlich des zweiten Satzes die Hoffnung bestehen bleibt, daß in Folge des praktischen Sinnes der Richter keine jener Ansichten die Herrschaft gewinnen wird, so bleibt doch jedenfalls gegen die Bestimmung der Vorwurf bestehen, daß sie nichtssagend ist.

§ 293 C. P. O. neuer Fassung und § 191 B. G. sind in keiner Weise geeignet, die bestehenden zahlreichen und wichtigen Streitfragen über die Wirkungen der Rechtskraft zu beseitigen. Alle diese Kontroversen werden zu neuem Leben erstehen.

Zunächst die Frage nach dem Umfange der Rechtskraft. § 293 Abs. 1 wollte, was auch de lege ferenda durchaus zu billigen ist, diese Frage gegen Savigny dahin entscheiden, daß nur die Hauptentscheidung selbst in Rechtskraft übergeht, während ihre logischen Voraussetzungen und ihre logischen Konsequenzen nicht in dieser Weise festgestellt werden.

Unentschieden bleibt die, nur durch positive Entscheidung sicher zu lösende, Streitfrage, ob die Rechtskraft äußerlich auf die Entscheidungsformel beschränkt bleibt. Durch Einschaltung der Worte „in die Entscheidungsformel" in § 293 Abs. 1 könnte dieselbe abgeschnitten werden. Unentschieden, oder doch nicht mit zweifelloser Deutlichkeit entschieden, ist ferner die praktisch so überaus wichtige Frage, ob die Abweisung einer Theilforderung den rechtskräftigen Verlust der ganzen Forderung immer oder wenigstens dann nach sich ziehe, wenn der Theil nicht „individualisirt" war. Ich glaube allerdings — mit dem Reichsgericht —, daß das Gesetz die Frage verneinend entschieden hat.[1]) Da aber die angesehensten Prozessualisten und Civilisten, u. A. L. Seuffert, Zitelmann, Wach,

[1]) Vergl. Archiv f. d. civ. Praxis Bd. 70 S. 341.

Digitized by Google

Windscheid, das Entgegengesetzte aus dem Gesetze herauslesen, so besteht keine Hoffnung, daß die Frage anders als durch gesetzliche Bestimmung erledigt werden wird.

Dieser Frage näher zu treten war um so mehr Veranlassung gegeben, als dieselbe in dem abgeänderten § 293 Abs. 2 insofern wiederkehrt, als es streitig ist, ob die Abweisung des zur Kompensation gestellten Theiles einer Forderung die ganze Forderung ergreift. Diese Streitfrage ist durch die neue Fassung des Absatzes in keiner Weise der Lösung näher geführt.

Würde der Abs. 2 in zwei Absätze getheilt, und etwa so gefaßt:

„Die Abweisung einer Theilforderung steht der Geltendmachung des überschießenden Betrages der Forderung in keinem Falle entgegen.

In dem gleichen Umfange ist die Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen einer zur Aufrechnung gebrachten Gegenforderung der Rechtskraft fähig."

so wäre ohne erhebliche Vermehrung der Worte die Beseitigung der Streitfrage erreicht, und damit der Zukunft viele nutzlose Arbeit erspart.

Prinzipiell wichtiger sind die Streitfragen, deren Lösung man von § 191 Abs. 1 erwarten mußte. Vorzugsweise handelt es sich auch hier um die Wirkung des abweisenden Urtheiles. Daß Urtheile, welche eine Sachentscheidung ablehnen, der Rechtskraft entbehren, wie die Motive (I S. 376) hervorheben, ist freilich unzweifelhaft. Zweifelhafter bleibt schon die Bedeutung der aus dilatorischen Gründen abweisenden Urtheile, von denen die Motive nicht sprechen. Ganz unentschieden bleibt aber die praktisch wichtige und auch nach dem geltenden Rechte zur einhelligen Lösung nicht gebrachte Frage, ob auch Abweisungen, welche wegen mangelnder Behauptung oder Beweisung der klagbegründenden Thatsachen ergehen, die etwa vorhandene Forderung beseitigen, oder ob, wie vielfach angenommen wird, die Abweisung wegen mangelnder Substantiirung nur die Bedeutung einer Abweisung in der angebrachten Art hat, so daß eine Wiederholung des Prozesses mit besserer Begründung möglich bleibt, eine Ansicht, welche auch heute noch u. a. in Wach, Dernburg und Planck Vertreter findet.[1])

Die Römer hatten in ihrem Konsumtionsprinzip bez. in dem ne bis de eadem re sit actio eine zwar höchst formalistische, aber sichere Regel, nach welcher die Wirkung des sachlich abweisenden Urtheiles in allen Fällen dieselbe sein mußte, nämlich Verlust der actio. Nachdem dieses römische Prinzip — und zwar mit vollem Rechte — aufgegeben ist,

[1]) Vergl. pr. P. S. 731.

Digitized by Google

fehlt es an jedem sicheren Anhalte. Denn das darf man sich nicht verhehlen, daß der Rechtsverlust keine nothwendige logische Konsequenz jedes abweisenden Urtheiles ist. Denn das sachlich abweisende Urtheil beruht seinem logischen Wesen nach nicht, oder doch jedenfalls nicht nothwendig, auf der Konklusion, daß das Begehren als ein unrechtmäßiges sich herausgestellt hat, sondern nur auf der Erwägung, daß dasselbe nach Lage der Sache als ein begründetes nicht zu erkennen gewesen ist.[1])

Besonders empfindlich macht sich dieser Mangel einer genaueren Normirung oder eines sicheren Prinzipes bemerkbar bei der Frage nach der Rechtskraft der Abweisung einer sog. Feststellungsklage. Steht die Abweisung der negativen Feststellungsklage der positiven Feststellung gleich und umgekehrt? Die Frage ist aus dem geltenden Rechte mit einiger Sicherheit gar nicht zu beantworten, daher das Schwanken nicht nur der Doktrin, sondern auch der Praxis des Reichsgerichtes.[2]) Daß § 192 Abs. 2 in seiner jetzigen Fassung zur Lösung derselben nicht das Geringste beiträgt, wird Niemand bestreiten.[3]) Ist es also nicht möglich, dem § 191 Abs. 1 einen fruchtbareren Inhalt zu geben, so möge man ihn ruhig streichen. Positiv geht dadurch nichts verloren. Es werden aber mögliche Mißverständnisse vermieden.[4])

Wie die Motive[5]) zugestehen, ist hinsichtlich des Erfordernisses der eadem quaestio aus dem Gesetzbuche nichts zu entnehmen. Die Uebereinstimmung zu ermitteln sei Aufgabe „der Rechtslogik". Woher dieselbe ihren Stoff nehmen soll, da das Gesetzbuch und sein „Geist" schweigen, das Gewohnheitsrecht aber abgeschafft ist, bleibt dunkel.[6])

---

[1]) Vergl. pr. P. S. 731.

[2]) Vergl. die Urth. v. 11. Febr. 1882 (Entsch. 6, S. 386) und v. 29. Febr. 1884 (Jur. Wochenschrift, S. 114).

[3]) Zweifelhaft bleibt auch, ob, wie Wach, Feststellungsanspruch, S. 25, will, die Entscheidung über das Interesse bei der Feststellungsklage materieller Rechtskraft fähig ist.

[4]) Vergl. Goldschmidt, S. 81.

[5]) I S. 374.

[6]) Die Logik kann m. E. zunächst nur die Antwort geben, daß die Identität aufgehoben ist, sobald auch nur ein Merkmal, und sei es das geringste, fehlt oder verändert ist. Sie wird aber hinzufügen, daß für bestimmte Zwecke von dem Vorhandensein gewisser Identitätsmängel abgesehen werden kann, wenn dieselben eben für den betreffenden Zweck ganz irrelevant sind. Damit hat aber m. E. die Logik das Ihrige gethan. Das Weitere ist bei der konkreten Entscheidung aus den Umständen des einzelnen Falles zu entnehmen, und zwar vorwiegend mit Gründen der Zweckmäßigkeit und mit Hülfe der Anschauungen und Erfahrungen des Lebens.

Digitized by Google

Und damit kann den mit diesem Erfordernisse in Zusammenhang stehenden Streitfragen: Einfluß einer Aenderung des rechtlichen Gesichtspunktes, Einfluß einer Aenderung des Thatbestandes bei Obligationen, bei sachenrechtlichen Verhältnissen mit oder ohne Beschränkung auf einen bestimmten Erwerbsgrund, ihre Fortdauer mit Sicherheit verbürgt werden.

Die schwersten Bedenken bestehen endlich gegen § 191 Abs. 2, welcher die Einredenatur der Rechtskraft zur Geltung bringt: „Das Gericht darf die Wirkung des rechtskräftigen Urtheiles nur berücksichtigen, wenn sie geltend gemacht wird". Sollte damit nur das gesagt sein, was sich aus der Verhandlungsmaxime prozessualisch von selbst ergibt, nämlich daß der Richter den Umstand, daß über ein Begehren bereits rechtskräftig erkannt ist, wie alle anderen Thatsachen nur dann seiner Kognition zu Grunde zu legen hat, wenn derselbe von den Parteien behauptet und bewiesen wird, so wäre der Satz unschädlich, aber dennoch zu streichen, weil er ganz überflüssig wäre. Aus den Motiven (I S. 372) ergibt sich aber, daß damit mehr erfordert sein soll, daß eine Willenserklärung der Partei nöthig ist, um die Rechtskraft dem Gegner gegenüber privatrechtlich wirksam zu machen. So glaube ich wenigstens die mir nicht ganz klar gewordenen Ausführungen deshalb verstehen zu müssen, weil sonst die in den Motiven betonte Verbindung dieser Sätze mit dem anderen Satze, daß auf die Wirkung des rechtskräftigen Urtheiles verzichtet werden kann, nicht erklärlich wäre. Für beide Sätze, Zulässigkeit des Verzichtes auf die Wirkungen der Rechtskraft als solche, wie Nothwendigkeit einer Willenserklärung, um dieselben in Kraft zu setzen, besteht, ganz abgesehen davon, daß sie auf Rechtsverhältnisse, welche der Verfügung der Betheiligten nicht unterworfen sind, keinesfalls Anwendung finden können, nicht das geringste praktische Bedürfniß, ebensowenig wie etwa für die, vom Entwurfe mit Recht nicht anerkannte, Zulässigkeit des Verzichtes auf die Wirkungen eines Erlaßvertrages. Nur das ist nothwendig, daß auch nach der Rechtskraft Verträge, insbesondere Vergleiche, geschlossen, und dabei rechtskräftige Feststellungen, sofern sie der Verfügung der Betheiligten unterliegen, geändert werden können. Dafür ist aber schon anderweit gesorgt. Die vom Entwurfe in das Feld geführten doktrinären Erwägungen sind für den, welcher sich über die hier in Betracht kommenden Grundbegriffe im Klaren befindet, einer Widerlegung nicht bedürftig. Nur daran mag dieser Art von Gründen gegenüber erinnert werden, daß ihr historischer Ausgangspunkt ganz unrichtig ist, daß, wie schon oben bemerkt wurde,[1]) die Römer der klassischen Zeit die res iudicata je nach der Art des Verfahrens bald schon ipso iure, bald nur

[1]) S. o. § 9 S. 96.

Digitized by Google

ope exceptionis berücksichtigten. Mit Recht erklären sich die Motive gegen das Zurückbleiben einer Naturalobligation (I S. 370). Warum denn etwas schaffen, was doch sehr nahe daran grenzt?

Es ist dringend nothwendig, daß § 191 Abs. 2 gänzlich gestrichen wird. Dann ist die Einrede der Rechtskraft als Einrede im engeren Sinne glücklich beseitigt. Sie ist dem preußischen, französischen und, richtiger Ansicht nach, auch dem gemeinen Rechte unbekannt, und hat daher nicht den geringsten Anspruch auf Anerkennung.[1])

Schlußwort.

§ 12.

Die gegebenen Ausführungen haben sich auf das ihnen zugewiesene besondere Gebiet beschränkt und ein Gesammturtheil über den Entwurf vermieden. Gleichwohl dürfte aus denselben hervorgehen, daß ihnen der Gedanke zu Grunde liegt, daß eine baldige Kodifikation des Privatrechtes im Deutschen Reich nothwendig ist, und daß der vorliegende Entwurf den Ausgangspunkt für die weitere Arbeit bilden muß; denn sonst wären die gemachten positiven Abänderungsvorschläge überflüssig. Eine völlige Verwerfung des Entwurfes würde dem Scheitern des Werkes ziemlich gleich stehen. Auch darf es bei der Frage nach der Annahme oder Ablehnung schließlich nicht den Ausschlag geben, ob man mehr oder weniger erhebliche Einwendungen gegen Form und Inhalt zu machen hat. Jeden voll und ganz zu befriedigen, das vermag auch die beste Arbeit nicht.

Es wird räthlich sein, an diese Anschauung sich zu gewöhnen, um sie auch dann noch festzuhalten, wenn das Gesetzbuch in Kraft getreten sein wird. Denn die Erfahrung lehrt, daß, so lange ein Gesetzbuch im Werden begriffen ist, eine Menge Juristen und Laien sich finden, die in nervöser Hast, ohne genauere Kenntniß und Kritik, der baldigen Einführung unter allen Umständen das Wort reden, daß aber mit dem Augenblicke der Einführung des Gesetzes diese patriotische Regung in ein Wehklagen über die nunmehr praktisch gewordenen Schwierigkeiten und Unbequemlichkeiten, welche jedes neue Gesetz im Gefolge hat, umschlägt. Auch bezüglich der mit der größten Begeisterung aufgenommenen Reichsjustizgesetze hat man diese Beobachtung machen können.

---

[1]) Uebereinstimmend Hölder S. 153. Vergl. Gierke S. 1263.

Digitized by Google

Aber der Entwurf soll nur die Grundlage bilden. Nothwendig ist eine ganz gründliche, ungestörte und nicht überhast Durcharbeitung des Ganzen.

Vierhaus[1]) hält es für verfehlt, dem vollendeten Werke gegenüber noch an der Zeit der Herstellung zu „mäkeln". Aber das darf doch, nicht um zu mäkeln, sondern um ein Postulat zu begründen, gesagt werden: Wäre die Kommission früher mit ihren Ergebnissen an die Oeffentlichkeit getreten, hätte sie sich nicht dreizehn Jahre lang in das Gewand undurchdringlichen Geheimnisses gehüllt, so wäre es allerdings möglich gewesen, schon weit früher auf die verfehlte Methode der Kommission hinzuweisen, welche sich von vornherein unter die Herrschaft des Pandektenkompendiums gestellt hatte, und deshalb einerseits über jeden juristischen Zwirnsfaden stolpern mußte, andererseits aber den Anforderungen des Lebens und des nationalen Rechtsbewußtseins nicht gerecht werden konnte. Dann hätte viel Zeit gewonnen werden können, und es wäre der üble Eindruck vermieden, den der Entwurf durch das karrikirt Kathederhafte, welches uns auf Schritt und Tritt, sogar schon in den Ueberschriften, entgegentritt bei jedem Juristen von Geschmack, namentlich bei dem Rechtslehrer, erwecken mußte. Der Zeitverlust ist nun freilich nicht ungeschehen zu machen. Aber man wird fordern dürfen, daß die lange Zeit, welche zur Fertigstellung des ersten Entwurfes gebraucht ist, nicht als Waffe benutzt wird, um einer gründlichen Durcharbeitung und einer Abstellung der, zum Theil nur in Folge der langjährigen Geheimhaltung, vorhandenen Mängel entgegenzutreten. Alles nervöse Drängen ist zu vermeiden, jede dadurch verursachte Ueberstürzung würde sich bei einem Werke, welches für die Jahrhunderte bestimmt ist, furchtbar rächen.

Für die zweite Lesung würden Hülfskräfte vielleicht in noch größerer Zahl und namentlich in noch größerer Mannigfaltigkeit als bei der ersten Lesung herangezogen werden können. Namentlich würde es zu empfehlen sein, die einzelnen Abschnitte gleich nach ihrer Fertigstellung den Vertretungen der verschiedenen Berufskreise zur alsbaldigen inhaltlichen Prüfung vorzulegen. Bezüglich des jetzigen Entwurfes ist die Begutachtung von Seiten der Nichtjuristen durch die Fassung sehr erschwert. Dagegen würde die Schlußredaktion, und zwar sowohl die Entscheidung über den Inhalt wie die über die Form, einer Person oder höchstens zweien zu übertragen sein. Mit Majoritätsbeschlüssen läßt sich ein einheitliches Gesetzeswerk nicht herstellen. Die großartige Arbeit der preußischen Gesetzeskodifikation am Ende des vorigen Jahrhunderts

[1]) Die Entstehungsgeschichte des Entwurfes, S. 73.

Digitized by Google

konnte nur deshalb in so verhältnißmäßig kurzer Zeit erledigt werden, weil die schließliche Redaktion allein in die Hand des (zu Beginn der Arbeit 34 Jahre zählenden) Svarez lag, und die Entscheidung durch den Großkanzler von Carmer allein gegeben werden konnte. Auch die deutsche Civilprozeßordnung verdankt die Gestalt, welche man, da es sich späterhin nur um Abänderungen in Einzelheiten gehandelt hat, wohl als Schlußredaktion bezeichnen kann, der Einzelarbeit des Justizministers Leonhardt, welcher sich überzeugt hatte, daß die vorhandenen kommissarisch hergestellten Entwürfe nicht aus einem Gusse gearbeitet waren. Auch die vorzügliche Konkursordnung ist im Wesentlichen das Werk eines Mannes. Es hätte das zugleich den Vortheil, daß eine bestimmte Persönlichkeit vorhanden wäre, welche mit der moralischen Verantwortung für den ganzen Entwurf auch seine Vertretung vor Bundesrath und Reichstag zu übernehmen hätte. Und dann möge sich die neue Ausarbeitung auf das beschränken, was sie geben soll, auf das Gesetzbuch. Man veröffentliche später die gesammten Materialien der Gesetzgebungsarbeit[1]), verzichte aber darauf, dem Entwurfe einen von fremder oder eigener Hand gearbeiteten Extrakt als Motive beizugeben. Durch solche Motive wird sowohl die unbefangene Anwendung des Gesetzbuches selbst, als eine wahrhaft wissenschaftliche Behandlung desselben auf das Aeußerste erschwert.

Die jetzt vorliegenden abgekürzten Motive werden durch die Herstellung des umgearbeiteten Entwurfes einen großen Theil ihrer Schädlichkeit verlieren, da sie dann kaum noch im Einzelnen zu den Gesetzbuchsparagraphen passen werden.

Nebenher möge noch auf einen Punkt hingewiesen werden, bezüglich dessen schon jetzt die Vorarbeiten beginnen könnten.

Mit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches müssen die in Deutschland geltenden partikularrechtlichen Kodifikationen im Ganzen verschwinden. Es muß also namentlich die gesammte preußische Kodi-

---

[1]) Die in den Motiven zu den Theilentwürfen enthaltenen ausführlichen Zusammenstellungen über das gegenwärtig in den verschiedenen Theilen Deutschlands geltende Recht (vom Auslande sind, abgesehen vom code civil, meistens nur Oesterreich und die Schweiz berücksichtigt) mit Angabe der Streitfragen und der hauptsächlichsten Literatur sind ohne Zweifel sehr werthvoll. Als Vorarbeiten für die Gesetzgebung haben sie jedoch den großen Mangel, daß sie die geschichtliche Entwickelung und den Zusammenhang der Normen mit den Kulturverhältnissen ihrer Entstehungszeit nicht zur Erscheinung bringen. In dieser Beziehung hätten Arbeiten von Fachmännern über die wichtigeren Punkte der Kommission bessere Dienste geleistet, als diese fleißigen Sammlungen.

Digitized by Google

fikation, Allgemeines Landrecht und Allgemeine Gerichtsordnung, aufgehoben werden. Ebenso muß die Gesetzgebung Napoleons bis auf den letzten Buchstaben beseitigt werden. Wenn es auch nach der Kodifikation nicht nur für den Richter, sondern für jeden, der die Gesetze zu beobachten, anzuwenden oder zu lehren hat, nothwendig bleibt, bezüglich jedes Paragraphen früherer Kodifikationen fortdauernd zu prüfen, ob derselbe noch in Kraft geblieben ist, dann wäre keine größere Einfachheit und Klarheit des Rechtszustandes, sondern lediglich Häufung des Rechtsstoffes und Vermehrung unerquicklicher Arbeit erzielt. Man kann sich in der That nichts Unerfreulicheres denken, als die Torsoausgaben von älteren Gesetzeswerken, welche dann nothgedrungen hergestellt werden müssen, und von denen die neueren Ausgaben der preußischen Allgemeinen Gerichtsordnung ein abschreckendes Beispiel geben. Man ist es den großen Gesetzgebungswerken früherer Zeit schuldig, sie im Ganzen aufzuheben und vor dem Fortbestehen in einzelnen traurigen Resten zu bewahren. Man pflegt das Unterlassen der im Interesse der Sicherheit der Rechtsanwendung ganz unerläßlichen ausdrücklichen Aufhebung älterer Kodifikationen meistens damit zu entschuldigen, daß sich in der Eile nicht übersehen lasse, was noch in Geltung bleiben müsse oder nicht. Deshalb sollten schon jetzt, da es noch Zeit ist, die deutschen Einzelstaaten Veranstaltungen treffen, daß die Kodifikationen nach dieser Richtung geprüft werden. Namentlich würde es für die Aufhebung des preußischen Landrechtes im Ganzen erforderlich sein, daß aus den Titeln 9 bis 17 des zweiten Theiles eine besondere Kodifikation hergestellt würde, welche, wenn sich sonst Schwierigkeiten ergeben sollten, einen rein formellen Charakter tragen könnte.

Druck der Norddeutschen Buchdruckerei, Berlin, Wilhelmstr. 32.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google